



٢٣ مجموعة البحوث
القانونية والاقتصادية

السيكورت

ورلا الله على الأحكام الشرعية

للدكتور
مرضاة علي السيد الشربناهي
أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد
كلية الحقوق - جامعة المنصورة

مكتبة الطباعة والنشر
دار الفكر العربي





جامعة المنصورة
كلية الحقوق — قسم الشريعة

السيكورت

ورلائحه على الأحكام الشرعية

للكتور
مرصناج على السيد الشربناهي
أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

إهداء

إلى الفقهاء الذين أفنوا ليلهم ونهارهم وقدموا كل نفيس
وغال ابتغاء مرضاة الله وإعلاء كلمته .

إلى علمائنا الذين ضحوا بكل متع الحياة جرياً على نسق السابقين
من السلف .

أقدم هذا البحث الذي هو أثر من آثارهم الخالدة الذي ليس لي
فيه إلا صياغته بعد جمع معادنه من حواضر العلم وبواديه واستهلام
فقهاء من ألسنتهم ومقالاتهم وكتبهم فجزاهم الله عن العلم وطالبيه خير
الجزاء ..

المؤلف

« إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط
وهو العدل الذى قامت به السموات والأرض فإذا ظهرت
أمارات الحق وقامت أدلته بأى طريق كان فذلك من شرع
الله ودينه ورضاء وأمره » .

ابن القيم

إلهسى ..

أسألك العلم بشريعتك والهدى بها والدعوة إلهى
صلاح النفس من داخلها . وصلاحها فى خارجها . وهى
الطريق إلى السعادة فى الدارين ...

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

ونتناول :-

- (أ) سبب اختيار موضوع البحث .
- (ب) خطة البحث .
- (ج) تعريف السكوت .
- (د) أقسام السكوت .

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ، وعلى آله ، وصحبه أجمعين . ورحمة الله وبركاته على أسلافنا من العساء ، والفقهاء ، والمفسرين ، الذين لم يتركوا شاردة . . ولا واردة . . ولا خاطرة . . في المعاملات الإنسانية إلا وقننوها ، ووصفوها أحكاما مستمدة من كتاب الله ، وسنة رسوله ، وفقه الصحابة والتابعين .

وبعد ...

فلقد اتجهت إلى الكتابة في موضوع (السكوت . . وأثره على الأحكام الشرعية) . . الرد على خصوم الإسلام من المستشرقين ، وعلى بعض المستغربين من المسلمين ، الذين يدعون أن الفقه الإسلامى بنى على (جزئيات) ، وأنه لم يدون على هيئة (نظريات) أو (قواعد عامة) — كما هو الشأن في التشريعات الوضعية . . ومن هنا كانت الاستفادة منه — في زعمهم ، قليلة ، وشاقة ، حيث أن أحكامه جاءت مبشورة في الكتب — هنا وهناك ، وتجرى في طرق وعرة ، وملتبسة . .

وبدعى هؤلاء ... وهؤلاء ... أن التشريعات الوضعية — وإن كانت في بداية أمرها — بنيت على (الجزئيات) ... إلا أن واضعيها ، والمشتغلين بها

- ١٠ -

قد أرجعوها في نهاية أمرها ، إلى قواعد ونظريات عامة ، وعلى هذا جاءت الدراسة فيها — كما زعموا — سهلة ، ومجدية .

ونقول لهؤلاء جميعا : - إن الفقهاء المسلمين لم يهملوا هذا الجانب ، بل إن الفقهاء المجتهدين - في العصور الأولى - كان عمادهم في الاستنباط - في غالب الأحوال - هو القواعد العامة ... وكان كل فقيه من هؤلاء يتتبع النصوص الواردة في نوع واحد من الأحكام ، ويستخلص منها (قاعدة عامة) يطبقها على الوقائع الجزئية ...

حتى إن بعضهم كان يحكم هذه القواعد فيما وصل إليه من الأحاديث النبوية — كما يروى — في ذلك — عن أبي حنيفة رضى الله عنه .

ثم إنه عند تطبيق هذه القواعد — قد يجد الواحد منهم أن تطبيق قاعدة بذاتها — في موضع معين ، يترتب عليه حرج ومشقة ، فيعدل عن هذا التطبيق ، ويلجأ إلى قاعدة أخرى يطبقها .

ومن هنا نشأت (قاعدة الاستحسان) الذي عمل به الحنفية ، والمالكية ، بصورة واضحة ... وكذا قاعدة (رفع الحرج) ... وغيرهما من القواعد .

وهذا النوع من القواعد بدأ تدوينه في عصر الأئمة . . . ولقد صرح بهذا الإمام القرافى مشيراً إلى نوعين للقواعد - في الفقه الإسلامى - فقال : - (إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول ، وفروع ... وأصولها قسمان : -

أحدهما : المسمى (أصول الفقه) ، وهو — في غالب أمره — ليس فيه إلا قواعد الأحكام ، الناشئة عن الالفاظ العربية خاصة ... وما يعرض لتلك الالفاظ من النسخ ، والترجيح ... ونحو الأمر للوجوب ... والنهى للتحريم ... الخ .

والقسم الثانى : قواعد كلية فقهية جلية ، كثيرة العدد ، عظيمة المدد ، مشتملة على أسرار التشريع ، وحكمه ، ولكل قاعدة من الفروع في الشريعة مالا يحصى .

ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه . . وإن كان يشار إليها هناك . على سبيل الإجمال ، ويبقى تفصيله لم يتحصل .

وهذه القواعد مهمة في الفقه ، عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقه ، ويشرف ، ويظهر رونق الفقه ويعرف ... ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية — دون القواعد السككية — تناقضت عليه الفروع ، واختلفت — واحتاج إلى حفظ الجزئيات ، والتي لا تنتهي — ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لا ندراجها في السككيات ... واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب (١) .

ومن هنا نعلم أن القرافي يريد أن يقول . إن تعقيد القواعد ، يسهل حمل الفقيه ... وأن الاشتغال به أعظم فائدة من الاشتغال بالفروع الجزئية .

وليس الإمام القرافي — بهذا العمل له ميزة سبق — وحده في استنباط القواعد . . بل لقد قام بهذا العمل — من قبله — الشيخ : عز الدين ابن عبد السلام . ، الهاشمي ، فألف كتابا في القواعد العامة ، سماه : (قواعد الأحكام في مصالح الأنام) .

ثم توالى هذا العمل ، وتتابع على يد عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، فألف كتابه (القواعد) . . ثم يجيء بعد هؤلاء : التاج السبكي .. والجلال السيوطي .. الشافعيان ، ويؤلف كل منهما كتابه : « الأشباه والنظائر » . . ثم تتابع الزمن حتى جاء — في القرن العاشر الهجري — زين العابدين إبراهيم بن نجيم المصري الحنفي ، وألف كتابه : « الأشباه والنظائر » ، جمع فيه خمسا وعشرين قاعدة ، وجعلها نوعين : قواعد أساسية ... وهي ستة — وباقيها أقل منها إرساء — وهي تسع عشرة قاعدة .

وأخيرا يقول عالم من علماء الحنابلة ، وهو الشيخ محمد حسن الشعلی —

(١) انظر الظروف للقرافي ط ١ ، ص ٢ ، — ٣ ، طبعة دار المعرفة ببيروت

المولود في دمشق عام ١٢٤٨ هـ : (إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل
الفقهية إلى قواعد كلية — كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وقد أرسلها
فقهاء الحنابلة إلى نحو مائتين قاعدة . ١١) .

هذه بعض خطوات خطاها فقهاؤنا القدامى — في هذا الطريق ...

وعلى أية حال — فإن لا أتهم الفقهاء بالتقصير — في هذا الميدان . لأن
ذلك كان يرجع لعوامل خارجة عن مقدورهم : منها . . عدم تشجيع الولاة لهم
إلا في أوقات نادرة من الزمن ... وأن الإهمال قد أصاب الفقه الإسلامى نتيجة
الاستعمار الذى ابتليت به الأقطار الإسلامية ... وقد تسبب — عن هذا —
أن حلت التشريعات الوضعية محل الفقه الإسلامى ، وهذا شيء يضعف العزائم ،
ويوهن الهمم !!

إلا أنه ينبغي أن يقال — إحقاقاً للحق — أن أنظار الباحثين الإسلاميين
في العصر الحديث — قد انجذبت إلى إظهار النظريات العامة في الفقه الإسلامى ،
ودراستها ، (كنظرية المقد .. والملك ... والمسال ... والتعسف في استعمال
الحق) — وغير ذلك .

ولازالت الجهود التى تبذل — في هذا السبيل — مستمرة . وها أنذا —
اليوم — أقوم بتلك المحاولة ، لأجمع شتات هذا الموضوع ، المبعثر ، والمبعوث
في كتب الفقه المتفرقة ... وهو موضوع من الموضوعات غير الممهدة الطريق ،
أو المعقدة المذلة للباحث ؛ لأشعر بأنى قد أضفت شيئاً جديداً ، واستخرجت بمجهودى
الخاص ما لم يسبقنى إليه باحث .

لذلك عمدت إلى أن أبرز هذا الموضوع ، وأن أجمع ما تصل إليه طاقى من
دراسات للفقهاء ، والاصوليين ... محاولاً بذلك تأصيل الموضوع وجعله في
وحدة تجمع شتاته ، وتظهره بوضوح يليق بأهميته .

ويعلم الله وحده أنى قدشت في طيات السكوت وسبوت غوره فوجدت صعب
المورد متعدد النواحي كثير الشعاب . لأن اجتلاء أمره محتاج إلى البحث عن معناه

وتفسياته وهل يصلح دليلا على الاحكام أم لا ؟ وهل يصلح تعبيراً عن الإرادة أم لا ؟ وهل يرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في بعض الاحيان أم لا ؟

بحوث ما أكثرها وما أشدها تعقيداً على عزة مصادرها والصعوبة في استنباطها من مظانها وانتشارها في بطون الكتب المختلفة وثنايا مسائل التشريع المبعثرة لأن أحداً على حد علمي لم يجمع ولم يتصدر للكتابة في هذا الموضوع اللهم إلا ما ورد في كتابي الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي والسيوطي الشافعي (على سبيل جمع الفروع فقط وتأصيل قاعدته) . الأمر الذي دعاني إلى البحث في هذا الموضوع بشيء من الإفاضة . مما يقدم لي العذر عند القارئ الكريم إن أحس ببعض الإطالة ومهما يكن من شيء فاني لم أقل في هذا الموضوع كلمته الأخيرة فإن أك قد أصبت في شيء منه فما توفيقى إلا بالله وإن أك قد أخطأت أو قصرت فأرجوا أن أكون قد وفقت إلى إثارة الناقدین إلى نقده وتصحيح خطاه وحملت الباحثين على توسيع مباحثه .

اللهم اجعله خالصاً لوجهك الكريم . ووفق المصلحين من هذه الامة إلى نصرة صراطك المستقيم . وثبتنا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة . وهذا وبالله التوفيق .

منهج البحث

مقدمة

هذا ... وقد قسمت الموضوع إلى ثلاثة أقسام وخاتمة .
أما المقدمة فتتضمن :

- (أ) سبب اختيارى لهذا البحث .
- (ب) تعريف السكوت والمقارنة بينه وبين غيره .
- (ج) تقسيم السكوت .

أما الأقسام الثلاثة فهي :

القسم الأول : فهو في السكوت ودلالته على الأحكام ، ويتضمن المباحث الآتية :
المبحث الأول : دلالة السكوت على الأحكام في السنة ويتكون هذا المبحث من مطلبين .

المطلب الأول : السنة التقريرية ودالتها على الأحكام :

المطلب الثاني : السكوت ودلالته على الأحكام في السنة .

المبحث الثاني : حكم الأشياء المسكوت عنها .

المبحث الثالث : الإجماع السكوتي .

المبحث الرابع : السكوت وأثره في العرف .

القسم الثاني : في السكوت الواجب والمحظور ، والسكوت لعذر .

أما القسم الثالث : فهو في السكوت والتصرف ويتضمن المباحث الآتية :

السكوت والتعبير عن الإرادة .

السكوت والإجازة .

- ٤١ -

هل السكوت يعتبر إذنا في التصرف .

هل السكوت يعتبر إبراء من الحقوق

السكوت والاستقاط

هل السكوت يعتبر اقرارا ؟

السكوت الذى يعتبر تدليسا .

السكوت والصلح .

السكوت والوديعة .

السكوت والشفقة

السكوت والقرعة .

السكوت والشاهد .

أما الخاتمة : فهى فى ما توصلت إليه من نتائج .

تعريف السكوت

السكوت في اللغة : جاء في أساس البلاغة للزمخشري : (رجل سكوت ، وساكوت ، وسكيت ... وبه مكات — إذا كان طويل السكوت من علة (١)) .
وفي المعجم الوسيط : سكوت سكوتاً ، وسكناً ... صمت وقطع الكلام ، وتركه (٢) .

وجاء في مختار الصحاح : سكوت سكوتاً ، وسكناً ... وسكت الغضب : سكن - والسكنة (بضم السين) كل شيء أسكت به صديقاً ، أو غيره - والسكيت ، والساكوت : الدائم السكوت ... والسكيت - بوزن السكيت — آخر غيل الحلمة (٣) .

وعلى هذا يمكن أن نقول : إن السكوت - في عرف اللغويين - يختص (بترك الكلام) .

أما السكوت عند الفقهاء - فيعرف بأنه حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ ، أو إشارة ، أو فعل شيء ينفي عن الإرادة ، ويدل عليها (٤) .

موازنة بين السكوت وغيره من وسائل التعبير الأخرى :

أولاً : السكوت سلوك سلبي محض ... يتمثل في عدم الاعتراض على ما صدر من الطرف الآخر .

ثانياً : السكوت لا يدل بذاته - على شيء ما ، وإنما يستفاد منه الرضا ،

(١) انظر أساس البلاغة للزمخشري ج ١ ص ١٠ .

(٢) انظر المعجم الوسيط ج ١ ص ٤٤٠ طبعة ١٩٦٠ .

(٣) انظر مختار الصحاح مادة س . ك . ن .

(٤) تفسير المنار المجلد الخامس ص ١٨٤ تفسير القرطبي ه ٧

ص ٢٩٠ وهما طبع الهيئة العامة للكتاب .

أو عدمه من الظروف الملازمة ، والقرائن المحيطة ، ودلائل الأحوال ... وأحياناً يستفاد ذلك من العرف السائد بين الناس ... ومن هنا قيلت العبارة المشهورة :
(لا ينسب لساكِت قول) .

ثالثاً : دلالة السكوت — على الموافقة — احتمالية ؛ لأنه قد يكون نتيجة عدم الانتباه ... أو الشرود ... أو عدم الاكتراث ، أو للتفكير في عاقبة الأمر ، قبل الموافقة الصريحة عليه .

وقد يسكت الطرف الطرف الآخر لرضاه بما حدث — كسكوت البكر حين يشاررها أبوها في أمر زواجها .

رابعاً : دلالة السكوت — على الرضا والموافقة ، أو على الإنكار والرفض — ليست متساوية ... بل إن دلالاته على الرفض أقوى ؛ ولذلك وردت العبارة المشهورة — عن الشافعي — رضى الله عنه (لا ينسب لساكِت قول) أى قبول ... فالشخص الساكِت لا يفسر سكوته (بالموافقة) ؛ لأنه — في الحقيقة — قد لا يكون راضياً ، فيكون قد ألزم بما لا يقصد الالتزام به ١١ بخلاف حمله على عدم الموافقة ؛ فإنه أحوط ... لإمكان التدارك بقبول صريح ... ولا يتأتى مثل ذلك في الحالة الأولى .

ثم إنه لو كان الساكِت قاصداً الالتزام — حقيقة — لصرح بما يفيد ذلك عندما يوجه إليه الإيجاب^(١) .

ومن هنا جرى على لسان الفقهاء قولهم : (لا ينسب لساكِت قول) .
ومعنى هذه القاعدة ... أن الشخص الساكِت الذى لم يصدر منه فعل ، يدل على رضاه ، أو عدم رضاه ... لا نستطيع أن نترجم سكونه هذا — بموافقة

(١) أنظر — في هذا — التعبير عن الإرادة المنفردة للدكتور وحيد الدين سوار ص ٢٣٠ والاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦١ ، والالتزامات وما يتعلق بها للشيخ أحمد إبراهيم ص ٧٥ .

أو عدمها ؛ لأن (الإرادة) أمر باطن ، وشئ خفي لا يظهر إلا بأمر خارجي ، يدل عليه ، والسكوت المجرد لا يستفاد منه ذلك .

ومن أجل هذا لم يفرق الشافعي - رضي الله عنه - بين السكوت ، والأفعال (المعاطاة) ... فلم يعتبرهما صالحين للتعبير عن إرادة المتعاقد ؛ لأنهما تعبيران احتماليان ، لا يفيدان إلا الظن ؛ ولذا فإنهما يؤولان على أكثر من معنى .

وما كان هذا شأنه ... فإنه لا يصح التعاقد به ... فالمعاطاة كما تحتمل البيع تحتمل غيره من أنواع المعاوضات ... وفي عقود التبرعات يحتمل (الإعطاء) الحفظ ... كما يتحمل الإعطاء على سبيل الهدية ، أو الصدقة ، أو الهبة .

وأما السكوت ... فهو كما يكون دليلا على الموافقة يكون كذلك — دليلا على عدمها ... كما أنه قد يكون نتيجة الاستغراب لهذا التصرف ١١ أو قلة الاكتراث ، وعدم الاهتمام به (١) .

ومن كل ما تقدم نستطيع أن نقرر : أن القاعدة العامة هي عدم التعويل على مجرد السكوت — في الاستدلال على الرضا ... ولكن يستثنى من ذلك السكوت الذي صاحبه قرائن ، أو أحاطت به ملائسات تجعل دلالة على الرضا أقوى من دلالة على عدمه ... فهذا النوع من السكوت يكون دالا على الموافقة ، ويصلح انقضاء العقد به ... كغيره من الوسائل الأخرى ... وإنما يعتد بالسكوت إذا لم يعارض بالصريح ، فإن وجد تعارض بينهما كان الصريح هو المعمول عليه (٢) .

(١) أنظر : معين الحكام للطرابلسي ص ١٥٠ .

(٢) أنظر : البدائع ج ٢ ص ٢٤٠ ، وشرح مجلة الاحكام العدلية

للمحاسني ص ١٣٣ .

أقسام السكوت

أرجعت جميع الفروع الواردة ، والمسائل المثبتة — في بحثي هذا — إلى
الاقسام الآتية :

القسم الأول : السكوت الذى يكون فى حكم النطق ... وذلك بأن يدل النطق
على حكم المسكوت عنه : لسكونه لازماً للزوم مذكور، كقول تعالى : (فإن لم يكن
له ولد ، وورثه أبواه — فلامه الثلث) (١) .

فإن صدر الكلام وهو قوله : (وورثه أبواه) أوجب شركتهما فى الميراث
من غير بيان نصيب كل منهما ... فتخصيص الام (بالثلث) صار بيانا لسكون
الاب يستحق الباقي — وهو الثلثان — مع أنه مسكوت عنه .

فكأنه قال : فلامه الثلث ، ولأبيه الثلثان ، وطوى ذكره لإيجازاً ، للعلم به ،
لأنه معلوم بداهة ، ولأزم لتخصيص الام بالثلث المذكور بالضرورة وإذا
لم ينحصر إرثه فى الثلثين بقى نصيب الاب مجهولاً ... وسياق النص يأتى هذا
التجاهل ؛ لأن بيان نصيب أحد الشريكين بيان لنصيب الآخر بالضرورة .

وهذا البيان لم يحصل بمجرد السكوت عن نصيب الاب بل بدلالة صدر الكلام؛
لأنه لو بين نصيب الام من غير إثبات الشراكة ... لم يعرف نصيب الاب .
ومن هذا السكوت الذى هو فى حكم المنطوق : ما لو قال : أوصيت لزيد وبكر
بألف درهم ، ولزيد فيها أربعمائة ... فإن هذا بيان يفيد أن ما بقى — وهو
الستمانه — لبكر .

وكذا لو قال : أوصيت بثلث مالى لزيد وبكر ، ومن هذا الثلث ألف درهم
لزيد ، فانه بيان يفيد أن ما بقى من الثلث لبكر .

(١) سورة النساء : آية

القسم الثاني : دلالة حال الساكث الذي وظيفته البيان . بسبب سكوته عند الحاجة إلى البيان : سكوته — ﷺ - عند أمر يشاهده . من قول ... أو فعل ، فهذا يدل على صحة هذا الأمر . كالمعاملات التي كان الناس يتعاملون بها ... كالمسا كل والمشارب التي كانوا يتعاطونها ، ولم يقع منه — عليه السلام — نهى عنها ، أو إنكار على فاعليها ؛ فإن هذا السكوت دليل على جواز ذلك في الشرع لأنه لا يجوز عليه — ﷺ - أن يقر الناس على منكر؛ لأن الله وصفه بالقيام بالأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، فقال : ويجدونه مكتوبا عندهم في التوراة والإنجيل بأمرهم بالمعروف ، وينهاهم عن المنكر ، ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث ، (١) .

ولقوله — ﷺ - والساكت عن الحق شيطان أخرس (١) فسكوته — ﷺ - أقيم مقام الأمر بالإباحة . وفي حكم سكوت النسي — عليه السلام (سكوت الصحابة) رضوان الله تعالى عليهم — كما روى أن أمة أبقت — أي هربت — وتزوجت رجلا من بنى عذرة ، فولدت أولاداً ، ثم جاء مولاهما - ورفع هذه القضية إلى سيدنا عمر - رضي الله عنه — فقضى بها لمولاهما ، وقضى على الأب أن يأخذ أبنائه منها — بالقيمة ... وسكت عن تقييم منافع الأمة المستخقة لمولاهما ... وكان ذلك بحضور من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد منهم تصرفه وقضائه ... فكان سكوتهم إجماعاً ، ودليلاً على أن قيمة المنافع غير مضمونه ؛ لأن الموضوع موضع الحاجة إلى البيان . وهذا مشروط بشرطين : (١) القدرة على الإنكار ... (٢) وكون الفاعل مسلماً ... فسكوت صاحب الشرع عند أكل الكافر خنزيراً ... لا يدل على إباحته ... وكذا عند ترك الصلاة ... وكذا عند مضى اليهود أو النصراني إلى معابدهم ... كل ذلك لا يكون السكوت عنه بياناً لشرعيته . ولكن سكوت البكر البالغة — إذا بلغها تزويج الولي لها ... فسكوت ، يكون سكوتها إجازة منها بدلالة حالها ؛ فإنها تستحي عن إظهار الرعة في الرجال .

القسم الثالث : ما يثبت لضرورة دفع وقوع الناس في الغرور .. كسكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى ... فان سكوته عن نهي عبده يعتبر إذناً له في التجارة — بدلالة العرف دفماً للغرور عن التعامل مالياً . مع العبد .

وقال الشافعي — رحمه الله تعالى — : لا يكون سكوت مولى العبد — إذناً له ؛ لأن سكوته يحتمل أن يكون الرضا بتصرفه ... وأن يكون لفرط الغيظ ... والمحتمل لا يكون حجة (١) .

— حاشية

وهذا التقسيم مشتق بما يعرف عند الأصوليين ببيان الضرورة والبيان في اللغة : إظهار المقصود بأبلغ لفظ وهو من الفهم وذكاء القلب وأصله الكشف والظهور . فهو إسم لكل ما كشف عن معنى الكلام وأظهره (٢) .

وهو عند الأصوليين : إظهار المعنى وإيضاحه للمخاطب منفصلاً عما استتر به (٣) .

وسمى . بهذا الإسم : لأن الموضوع للبيان في الأصل هو النطاق وهذا لم يقع البيان به بل بالسكوت عنه لأجل الضرورة ، فقد وقع البيان بما لم يوضع للبيان (٤) .

(١) أنظر في هذا :

- شرح المنار ، وحواشيه لابن ملك ص ٦٨٧ طبعة ١٣١٥ هـ .
- إرشاد الفحول للشوكاني — دار الفكر ببيروت ص ١٧٢ .
- كشف الاسرار عن أصول فخر الاسلام للبزدوى ج ٣ ص ١٤٧ طبع دار الفكر العربي — بيروت .
- تسهيل الوصول في علم الأصول طبع مصطفى البابي الحلبي ١٣٤١ هـ ص ١٢٧ .

(٢) لسان العرب ج ١٣ ص ٦٩٠ .

(٣) أنظر رسالة الإمام الشافعي ص ٢١ تحقيق المرحوم الشيخ أحمد

شاذلي .

(٤) تسهيل الوصول ص ٦٢٧ .

القِسْمُ الْأَوَّلُ

في

السكوت ودلالته على الأحكام

ويتضمن هذا القسم المباحث الآتية :

المبحث الأول : السكوت ودلالته في السنة

ويتكون هذا المبحث من مطلبين :

— المطلب الأول : السنة التقريرية ودلالاتها على الأحكام

— المطلب الثاني : السكوت في السنة ودلالته على الأحكام

المبحث الثاني : حكم الأشياء المسكوت عنها

المبحث الثالث : الإجماع السكوتي

المبحث الرابع : السكوت والعرف

المبحث الأول

السكوت ودلالته على السنة

ويتكون من مطلبين

المطلب الأول

السنة التقريرية ودلالاتها على الأحكام

في البداية أود أن يتصور القارئ فكرة عن (السنة) .. وبيان معناها ..
وبعد ذلك نتحدث في موضوع بحثنا .. وهو السكوت ودلالته على الأحكام
عن طريق السنة ..

معناها لغة .. وشرعاً :

١ — أما اللغة : فهي الطريقة المسلوكة .. وأصلها : من قولهم : - سنتت
الشيء (بالمسن) إذا أمررت عليه حتى يحدث فيه (سنناً) أى طريقاً .
وقال الكسائي : - معناها (الدوام) فقولنا : سنة ، معناه الأمر بالإدامة ..
من قولهم : سنتت الماء إذا واليت صبه .

وقال الخطابي : أصلها : الطريقة المحمودة .. فإذا أطلقت انصرفت إليها ..
وقد تستعمل في غيرها — مقيدة — كقوله : « من سن سنة سيئة » .

وقبل هي الطريقة المعتادة .. سواء كانت حسنة .. أو سيئة .. كما جاء في
الحديث الصحيح : « من سن سنة حسنة فله أجرها ، وأجر من عمل بها إلى يوم
القيامة .. ومن سن سنة سيئة كان عليه وزرها ، ووزر من عمل بها إلى يوم
القيامة » (١) .

(١) انظر : عيون الاخبار ج ٤ ص ١٠٨ — الاغانى ج ٦ ص ٦٣ .

٢ — وأما معناها شرعاً (١) : — أى فى اصطلاح أهل الشرع — فهى : —
قول النبى — صلى الله عليه وسلم — وفعله . . . وتقريره . . . وتطلق بالمعنى العام —
(على الواجب) وغيره — وفى عرف أهل اللغة والحديث .

وأما فى عرف أهل الفقه : فإنما يطلقونها على ما ليس بواجب . . . وتطلق
على ما يقابل (البدعة) ، كقولهم : فلان من أهل السنة .

قال ابن فارس — فى فقه العربية — : وكره العلماء قول من قال : (سنة أبى
بكر . . . وعمر) وإنما يقال : سنة الله . . . وسنة رسوله .

ويجاب عن هذا بأن النبى — صلى الله عليه وسلم . . . قد قال فى الحديث
الصحيح : — د عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين المهديين . . . عضوا عليها
بالنواجذ . . .

ويمكن أن يقال : أنه صلى الله عليه وسلم — أراد بالسنة هنا — الطريقة . . .
وقيل فى حدها — اصطلاحاً — هى ما يرجح جانب وجوده . . . على جانب
عدمه ، ترجيحاً ليس معه المنع من النقيض .

قيل : هى ما واظب على فعله النبى — صلى الله عليه وسلم — مع ترك
بلا عذر .

وقيل : هى فى العبادات النافلة . . . وفى الأدلة — ما صدر عن النبى —
صلى الله عليه وسلم — من غير القرآن . . . من قول ، أو فعل ، أو تقرير (٢) ،
وهو ما قصدته هنا .

وبعد هذه المقدمة نشرع فى المقصود ، والله المستعان : —

(١) ارشاد الفحول للشوكانى ص ٣٣ — طبعة أولى ، ويشير تنقيح
الفصول للقرافى ص ٢٨٨ .

من قليل علمت أن السنة هي : أقواله صلى الله عليه وسلم — وأفعاله . .
ربراته .

والذي يهتفا — في هذا المقام - تقريراته . . ودلالاتها على الأحكام . .
يل : والإقرار^(١) . . والتقريب من النبي صلى الله عليه وسلم — في عرف
سولين هو : أن يسكت النبي — عليه الصلاة والسلام — عن إنكار قول
... أو فعل حدث بين يديه . . أو في عصره ، وعلم به^(٢) .

وقد جاء في « إرشاد الفحول »^(٣) :- (البحث السابع) التقرير . . وصورته
يسكت النبي — صلى الله عليه وسلم — عن إنكار (قول) قيل بين يديه . .
في عصره ، وعلم به ، أو سكت عن إنكار (فعل) فعل بين يديه ؛ أو في
عصره ، وعلم به . . فإن ذلك يدل على الجواز . وذلك كأكل العنب بين يديه) .

والإقرار قد يكون نوعاً من السكوت ، لأنه سكوت عن الإنكار . .
سكوت كف عن القول .

وهل هذا الإقرار حجة في إثبات الأحكام ؟

اختلف الأصوليون في اعتبار الإقرار حجة ؟ أم لا ؟ على مذهبين :

المذهب الأول :

ونقله ابن حجر — على أن أكثر الأصوليين يعتبرون الإقرار قسماً من
سام السنة النبوية الشريفة — على صاحبها أفضل الصلاة ، وأزكى التسليم —
فه حجة .

(١) سبق تعريفه .

(٢) انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ الطبعة الأولى .

(٣) انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ الطبعة الأولى .

واستبدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية :-

أولاً :- أن الله تعالى - أرسل تبيه بشيراً ونذيراً ، يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر ، حيث يقول الله تعالى : « الذين يتبعون الرسول للنبي الأمي ... يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » (١) . ولو سكت عما يفعل أمامه - مما يخالف الشرع - لم يكن ناهياً عن المنكر .

ثانياً :- استدلو (بالعصمة) . فإن النهي عن المنكر واجب . . وتركه معصية يتنزه عنها أهل التقوى من أفراد الامة . . فأولى أن يتنزه عنها محمد ﷺ . وهو أول المسلمين ، وأتقاهم لله . . ولو جاز له ترك المنكر . . لجاز ذلك لآئمه ١١

وقد اعترض على هذا الدليل - بناء على قول من يجوز على النبي ﷺ الصغائر . . بأنه إنما يلزم أن لو قدر الفعل المقر عليه محرماً . . لسكان كبيرة . . أو لسكان صغيرة . . وتكرر أمامه ﷺ فلم ينكره (٢) .

وأجيب عن هذا الاعتراض بالجزم بجواز التمسك بالإقرار - حتى على قول من يجوز الصغيرة - محتجاً بأن الصحابة كانوا يفهمون من (التقرير) الجواز دون توقف .

ثالثاً :- واستدلو بأن تأخير البيان عن وقت الحاجة - لا يجوز . . باتفاق . . ومن فعل ما يخالف الشرع : إما أن يكون فعله جاهلاً بالمخالفة . . أو عالماً بها :-

فإن كان جاهلاً بها . . وجب البيان له ، ليستدرك ما فات - إن كان ما يستدرك ، كالإنكار على المسمى صلاته - في الحديث المشهور - ولشلا يعود إلى المخالفة في المستقبل .

(١) سورة الاعراف آية ١٥٧ .

(٢) انظر هذا الاعتراض في المستصفي للامام الغزالي ج ٣ ص ٥٣ .

- ٣٩ -

وإن كان عالماً . . فلتلا يتوهم فسخ الشرع المخالف . . وثبوت عدم التحريم (١).

رابعاً :- واستدلوا بما علم عن حال الصحابة - في وقائع كثيرة - أنهم كانوا يحتاجون بتقريره - صلى الله عليه وسلم - على الجوار (٢) . . كقول أبي ابن كعب : (الصلاة في الثوب الواحد سنة كنا نفعلها على عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا يعاب علينا (٣)) . . وكقول ابن عباس : (أقبلت راكباً على حمار أنا ، وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام - ورسول الله صلى الله عليه وسلم - يصلي بالناس - بمنى - إلى غير جدار ، فررت بين يدي بعض الصف فنزلت ، وأرسلت الآن ترتع ، ودخلت في الصف . . فلم ينكر ذلك على أحد (٤)) .

خامساً :- استدلوا بأن ترك التكبير عن علماء الأمة على العامة فيما جرى بينهم - من المعاملات - التي استفاضت بينهم . . هو حجة على جوازه . . كما قاله بعضهم في الاستصناع ، ودخول الحمام من غير أجره (٥) .

(٢) المذهب الثاني :-

أن (التقرير) عن النبي صلى الله عليه وسلم - ليس حجة ، في بناء الأحكام عليه ، وهذا الرأي نقله البردوى (٦) .

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية :-

أولاً :- أن السكوت ، وعدم الإنكار محتمل ، إذ من الجائز أنه - صلى الله

-
- (١) انظر تيسير التيسير ج ٣ ص ١٢٨ .
 - (٢) انظر : المستصفي للغزالي ج ٢ ص ٥٢ .
 - (٣) انظر : مسند أحمد ج ٥ ص ١٤١ .
 - (٤) صحيح البخاري ج ١ ص ٥٧١ .
 - (٥) انظر : جمع الجوامع ج ٢ ص ٢٨٧ .
 - (٦) انظر : البردوى ص ٨٦٩ .

— ٣٠ —

عليه وسلم — سكت لعله بأن أهل (الفعل) لم يبلغهم التحريم ، فلم يكن الفعل عليهم — إذ ذاك — حراما ، فلا جلي لهذا الاحتمال لا يصلح التقرير دليلا على الجوار .

ويجاب عن ذلك بما قلناه . هناك في الدليل الثاني للقول الأول -

ثانيا : — واستدلوا بأنه من الجائز أنه سكت عنه ؛ لأنه أنكر عليه مرة . . فلم ينفع فيه الإنكار . . وعلم أن إنكاره عليه — ثانيا — لا يفيد ، فلم يعاود . وأقره عليه . . كما أقره اليهود والنصارى على معتقداتهم . وإذا كان كذلك لا يصلح على الجوار .

ويجاب عنه : بأنه يجوز ترك الإنكار على المصر ، الذي لم تنفع فيه التذكرة لقوله تعالى : « فذكر إن نعمت الذكرى » — على أحد القولين في تفسير الآية (١) ، ولما علم من حاله — صلى الله عليه وسلم — إذ كان لا يكرر على الكفار ، والمشركين الإنكار — في كل يوم . وكل حال . . وإنما قد بين لهم ما حصل به البيان المكافي ، القاطع للعذر ، وقائلهم حتى أعطوا الجزية وهم صاغرون فلو تركهم — بعد ذلك — لم يظن أنه قد تغير الحكم .

إلا أن هذا النوع خارج عن الإقرار الذي يحتاج به ، فإن شرطه :

أن يكون المقر مسلما ، ملتزما . . وفي المناق خلاف — فكيف يترك المسلم الملتزم المطيع المتبع — بفعل المسكر — فلا ينهيه عنه (٢) ؟

يقول الأمدى . — (ولو سلم أنه جائز — في بعض الأحوال إلا أنه ينبغي اقراض أن ذلك نادر . . خاصة أن أصحابه — صلى الله عليه وسلم — أبر هذه

(١). انظر : فتح القدير للشوكتاني ج ٥ ص ١٢٤ .

(٢). انظر : شريح اليزدوى ج ٣ ص ٨٦٩ .

- ٣١ -

الامة ، فلويا ، وأسرعها امثالاً لآمر نبيها ، والذين شهدوا برسالة ، وبذلوا أنفسهم لله في طاعته .. فإذا كان كذلك .. فالنادر لا حكم له .. والحكم للأعم الأغلب (١) .

تنبية .. هنا :- قد يصاحب إقرار الرسول - عليه السلام - قرأتين قفئد جواز هذا التصرف ، المقرر ... وهنا يزيد إقراره - صلى الله عليه وسلم - دلالة وموافقة على التصرف ، والرضا به ... ونمثل لذلك بما يأتي :-

(أ) كان يقوم - صلى الله عليه وسلم - بالمشاركة في الفعل ، كقيامه - صلى الله عليه وسلم - مع عائشة ، لتنظر إلى الأحباش ، وهم يزفنون في المسجد (أي يرقصون) يوم العيد ، فقد قام لها ، وأخذها على كتفه ، ليسترها ، ويمكنها من رؤيتهم ، والنظر إلى زفنفهم .

(ب) سكوته - صلى الله عليه وسلم - مع الاستبشار ، وإظهار علامات الرضا ، والقبول .. فذلك حجة واضحة ، لأن استبشاره لا يكون بما يخالف الشريعة . لتبسمه - صلى الله عليه وسلم - لما اشتكت إليه امرأة (رفاعة القرظي) زوجها .. وقالت : (وإنما معه مثل هدية الثوب) فذلك إقرار لجواز التصريح بمثل ذلك ، في معرض الدعوى (٢) .

أما سكوته - صلى الله عليه وسلم - مع إظهار الامتناع ، والضيق ، والتبرم - وكل ما يدل على عدم رضاه (بالفعل) - ففي مثل هذا يقع التعارض بين دلالة سكوته على الجواز .. وانتفاء الحرج .. ودلالة انزعاجه وتبرمه .. على الكراهية .. فهل السكوت في مثل هذه الحالة - يعتبر إقراراً أم إنكاراً ؟

(١) انظر : الاحكام للامدني ج ١ ص ٢٧١ .

(٢) انظر : صحيح مسلم ج ١٠ ص ٢ .

— ٢٣ —

وقد رأى السبكي : أن دلالة السكوت على الجواز لا تلتفتي بعدم ظهور الاستبصار منه — صلى الله عليه وسلم — يقول السبكي : — (سكوته — صلى الله عليه وسلم — على الفعل — ولو غير مستبشر دليل الجواز للفاعل) .

لكن يرى بعض الباحثين أن إظهار الانزعاج ، والضيق دليل الكراهية ، لأن البيان يتم بكل ما يحصل به التبيين ... فإذا أظهر — صلى الله عليه وسلم — الكراهية — بإعراضه ، وإظهاره الانزعاج — كان ذلك بيانا — وحصل للشاهدين تبين غرضه — صلى الله عليه وسلم — في ذلك .

وعلى هذا لا يعتبر السكوت إقراراً بل هو إنكار .

ونحن نؤيد هذا الاتجاه الأخير ، لما نقل عنه — صلى الله عليه وسلم — أنه يسأل أحيانا ، فيعرض عن السائل ، ويسكت عنه — إنكاراً لسؤاله ١١ وكإعراضه — صلى الله عليه وسلم — عن يسأل عن الحج ، أفى كل عام هو؟ بدليل أنه لما أكثر عليه السؤال صرح له بإنكاره للسؤال ... فدل على أنه لما سكت معرضاً عنه أولاً — كان يريد بيان الكراهية (١) .

(أنواع التقرير) (٢) .

التقرير قد يكون قولاً .. أو فعلاً ..

فالتقرير بالقول منه ما رواه الإمام أحمد — في قصة ، ماعز ، — أنه اعترف بالزنا أمام النبي — صلى الله عليه وسلم — ثلاثاً .. كل ذلك يردده النبي — صلى الله عليه وسلم — فقال له أبو بكر : (إنك إن اعترفت الرابعة رحمتك رسول الله — صلى الله عليه وسلم —) .

احتج به الخنفية ، والحنابلة على أن (العدد) معتبر في الإقرار بالزنا من جهتين .

(١) انظر : جمع الجوامع ج ٢ ص ٩٥ .

(٢) انظر : اعلام المومنين ج ٣ ص ٣٧٠ .

(أ) أن ذلك مما عليه أبو بكر من حال الرسول — ﷺ .
 (ب) أن النبي — ﷺ . أقر ذلك ، ولم يخطئه قائله (١) .
 وإقراره — ﷺ — على الأقوال قد يكون متعلقا بشئون التشريع ...
 أو متعلقا بمسائل خارجة عن هذه الدائرة — كالأمور الدنيوية ... فما حكم إقرار
 كل نوع على حدة ؟

(أ) أما إقراره — ﷺ — على الأقوال المتعلقة بالأمور التشريعية ...
 فيدل على الصحة ... وقيل . لا يدل . لاحتفاء الاكتفاء ببيان سبق .
 وهذا مردود ، لأن سكوته عليه يوم محنته ، وتغير الحكم السابق .
 ثم إن كان القول إخباراً عن الشرع .. دل على أن الشرع كذلك — كما جاء
 في حديث أبي بكر السديني — رضي الله عنه — في قوله (لما عز) : وإن
 أقررت أربعاً رحمتك رسول الله — صلى الله عليه وسلم — .

وإن كان القول (مظنة) أن ينهى عنه — فلم يفعل .. أو أن يحكم فيه بحكم
 معين — كما يجاب الحد : أو التعزير فلم يحكم به .. دل على جوازه — أى
 جواز القول .. والتماء ذلك الحكم في حقه ... ومن هذا إقراره شعراء —
 عليه السلام — على الغزل ، والتغنى بذكر النساء .

ويقول ابن القيم (٢) : — (إنه صلى الله عليه وسلم — أقر ذلك منهم لكونه
 جرياً على عادة الشعراء ، في مطالع قصائدهم ، مما يدكرونه لجلب انتباه السامع ،
 واستثارة نشاطه ؛ ليتوصل الشاعر إلى اللقاء ما يريد به إليهم ، وتحصيل الأثر
 النفسى المطلوب لديهم) .

(١) : انظر : نيل الاوطار ج ١٠٠٧ ، ومراجع الحنفية والحنايلة سبق

ذكرها .

(٢) المرجع السابق ، وأرشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ .

اعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٧٠ .

(٣ السكرت)

٢٤ -

أما ما كان متعلقا بشئون الدنيا ، والأمور الدنيوية عنه - صلى الله عليه وسلم -
فالتقرير عليه لا يدل على صدق الخبر ، وثبوت مدلوله ... بل قد يظلم الله
رسوله على كذب ذلك القائل .. كما أظلمه الله على كذب المنافقين ، في قولهم :
(نشهد أنك لرسول الله) ، وقيل كبيرهم : (لنن رجعنا إلى المدينة ليخرجن
الأعز منها الأزل) .. وقد لا يظلمه عليه (١) .

(ب) والإقرار على الأفعال كإقراره صلى الله عليه وسلم - بخاله بن
الوليد على أكل لحم الغنم .. ومن الإقرار على الفعل الإقرار على (التارك) ..
كما نقل أن عمرو بن العاص تيمم من الجنابة في ليلة باردة ، وصلى بأصحابه ..
فلما أخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - بذلك قال له : « صليت بأصحابك ..
وأنت جنب ؟ » قال : ذكرت قول الله تعالى : « ولا تقتلوا أنفسكم : إن الله كان
بكم رحيمًا » (٢) .. ولم يأمره بالإعادة فكان ذلك إقراراً منه على ترك الإعادة ، ..

وتقريره - صلى الله عليه وسلم - مثل ذلك من أفعال ... يدل على أنه
لا حرج في ذلك الفعل ... وذلك يتم في الفعل إذا اتقى أن يكون حراماً ؛ فإن
الحرام هو أذى يائمه فاعله ، ويعصى به .. وهو المنكر الذي أمر - صلى الله
عليه وسلم - بإنكاره (٣) .. فما أقر عليه إما أن يكون واجباً .. أو مندوباً ، ..
أو مباحاً ..

وأما المكروه .. فالمشهور - عند الأصوليين - أنه صلى الله عليه وسلم -
لا يقر عليه ..

(١) انظر : إجتهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، للشيخ عبيد الجليل
ميسى ص ١٦٧ ، وجمع الجوامع للسبكي ج ٢ ، ص ١٢٧ ، ١٢٨ .

وأفعال الرسول ودلالاتها على الأحكام ، للإشقر ص ٤٢٠ [٤٢٠] .

(٢) سورة النساء آية ٢٩ .

(٣) انظر : ارشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ .

- ٣٥ -

وذلك مشكل ١١ ووجه إشكاله : أن المسكروه ليس معصية بل يؤجر من تركه لله .. وأما من فعله فلا إثم عليه .. فليس هو معصية حتى يلزم النبي — صلى الله عليه وسلم — إنكاره .

ولكن .. لما كان (المسكروه) مطلوباً تركه — وهو منهي عنه — فهو منكراً من هذه الناحية .. فلا يترك النبي — صلى الله عليه وسلم — إنكاره — وإن لم يكن معصية ..

ولما يرفع الحرج عن فاعله بعد أن يقع ... أما قبل وقوعه فهو يستحق النهي عنه — كالحرمات (١) .

وعما سبق نعلم أن المنكر الذي يستحق عليه الإنكار أعم من المعصية .
ملاحظة هنا : هل يمكن أن يتعدى حكم التقرير لغير المقرر ؟ أقول نعم يمكن أن يتعدى حكم الفعل المقرر عليه إلى سائر أفراد الأمة .. وهذا أقوى من تعدية حكم فعله هو — صلى الله عليه وسلم — إلى غيره .

وقد ذكر الجويني أن الذين وقفوا في تعدية حكم الأفعال النبوية وافقوا هل تعدية أحكام الأفعال التي قرر عليها غيره ، لأن ما فعله — صلى الله عليه وسلم — يرد عليه احتمال (الخصوصية) .. وهو احتمال يضعف التعمدية .

أما التقرير فإن حمله على الخصوصية ضعيف جداً ، لا يكاد يستحق الذكر ، فضلاً ماثبت تخصيص أفراد الأمة به من الأحكام .. كجعل شهادة « خزيمة » بشهادة رجلين .. ولذلك كان احتمال المساواة بين فاعل الفعل المقرر عليه .. وسائر أفراد الأمة — هو أقوى من احتمال المساواة بين رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وسائر أفراد الأمة ... ودلالة التقرير .. لذلك — أقوى من دلالة الفعل النبوي من جهة التعمدية خاصة (٢) .

(١) انظر : المراجع السابقة ، وارشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ .

(٢) انظر : جمع الجوامع ج ٣ ص ٩٦ ، والمسودة تحقيق الشيخ محمد

محيني الدين لال تيمية مطبعة المدنى ص ٣٠ ، ٣٢ .

هل التقرير يدل على صحة الحكم ؟

للتقرير شروط لابد من توافرها للدلالة على صحة الحكم (١) :-

١ - أولها :- أن يعلم النبي - صلى الله عليه وسلم - بالفعل .. سواء سمعه ، أو رآه مباشرة . أو حصل في بيته ، ونقل إليه .. كما نقل إليه خبر تأخيرهم لصلاة العصر حتى غربت الشمس يوم بني قريظة .

فإن اتفق هذا الشرط - بأن لم يعلمه - صلى الله عليه وسلم - فلا يكون التقرير حجة في هذه الحالة .

٢ - وثاني هذه الشروط :- أن يكون قادراً على الإنكار ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - من رأى منكم منكراً ، فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه .. ، فهو يدل على سقوط الإنكار باليد ، واللسان عند المعجز عنه .. ولرخصة قوله تعالى :- **إلا من أكره** وقلبه مطمئن بالإيمان .. فرخص في النطق بكلمة الكفر - والسكوت أولى بالجواز .

وإنكار المنكر - بالنسبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم - هو واجب مطلقا .. ولا يسقط بحال - الخوف على نفسه - لأن الله ضمن له النصر ، وظنهم وكفاه أعداءه بقوله : **إنا كفيناك المستهزئين** ، ولأن تركه الإنكار - خوفاً - يروم الجواز .

٣ - وثالث هذه الشروط :- أن يكون المقرر متقادماً للشرع .. بأن يكون مسلماً .. سامعاً .. مطيعاً .. أما إن كان كافراً فإن تقريره لا يدل على رفع الحرج .. وقد أقر النبي - صلى الله عليه وسلم - اليهود والنصارى على يمينهم وكنائسهم .. وأقر المجوس على مبادهم - مع ما يعمل فيها من الكفر بالله ، والشرك به ١١

(١) انظر : ارشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ .

وعلى هذا ، لا يكون سكوته عن الإنكار على فعل الكافر حجة على رفع الحرج . ولكن هو رفع ذلك . . حجة على أنه يجوز للأئمة إقرار أهل الذمة على مثل ما أقرهم عليه النبي صلى الله عليه وسلم .

٤ - ورابع هذه الشروط :- ألا يمنع من الإنكار مانع - غير ما تقدم فإن وجد مانع صحيح أمكن إحالة الإقرار عليه . . فلا يكون حجة . . كتركه صلى الله عليه وسلم - نقض الكعبة . . المانع الذي قلنا من قبل . .
وهو هذا أيضاً سكوته صلى الله عليه وسلم في انتظار الوحى - . . ويعلم ذلك من حاله - فلا يكون سكوته - قبل البيان - حجة على إقتفاء الحرج في الفعل .

٥ - وخامس هذه الشروط :- اختلف في أن (تكليف) المقة شرط أم لا ؟ قال البان (١) :- (لا يقر النبي - صلى الله عليه وسلم - أحداً على باطل . . والظاهر دخول غير المكاف ، لأن الباطل قبيح شرعاً - وإن صدر من غير المكاف . . ولا يجوز تمكين غير المكاف منه . وإن لم يأثم به ، ولأنه يوم من جهل حكم ذلك الفعل من جوازه) (٢) .

(خاتمة في هذا المقام . .)

ما الفرق بين إقرار الحاكم . . وإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم ؟ وهل يكون إقرار الحاكم عن الواقعة حكماً بالواقع فيها . . أم لا ؟
إذا رفع للحاكم عقد . . فتركه من غير تكبير ، أو اعترض . . هل يكون ذلك كإقرار صاحب الشرع إذا رأى أحداً يفعل شيئاً ، فتركه ، فإن ذلك يكون لإباحة منه - صلى الله عليه وسلم - لذلك الفعل . . أو يكون لإقرار

(١) انظر : حاشية على شرح جمع الجوامع ج ٢ ص ٩٥ .

(٢) انظر : إرشاد الفحول للشوكاني ص ٤١ ، والمسودة لآل تيمية

ص ٢٩٨ وتيسير التحرير ج ٣ ص ١٢٩ .

البحر المحيط للزركس مخطوطة بمكتبة الأزهر رقم ٢٠ .

انظر أمثال الرسول ودلالاتها على الأحكام د. الأشقر / ٤٥٥ .

الحاكم أضعف ، أسكنونه في موطن الخلاف .. فله إبقاؤه على ما هو عليه من الخلاف ، ولا يتعرض له .. بخلاف إقرار رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يكون دليلاً على الإباحة ، لأنه — صلى الله عليه وسلم — لا يقر على منكر ؟

والجواب على ذلك : أن الإقرار دليل الرضا بالمقر عليه .. ظاهراً .. وهو أضعف في الدلالة من الفعل والقول ، لأن مجرد الترك ، والسكوت قد يكون مع الإنكار — ألا ترى أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لما بلغ النبي عن الكفر ... والأمر بالإيمان — وآمن من آمن وكفر من كفر ... لم يكن — عليه السلام — يكرر التكفير كل يوم على أهل مكة ، ولا غيرهم ... فتركه للتكفير — في بعض الأوقات — على تلك المنكرات — بعد التبليغ — لا يقتضي إباحة تلك المنكرات (١) .

وأما اللفظ الدال على إباحة تلك المنكرات .. أو الفعل .. فلا سبيل إليه .. ويعلم من ذلك أن (مدلول الترك) قد يختلف عنه مالا يختلف (مدلول الفعل والقول) عنهما — إذا تقرر أنه أضعف في أمر آخر لمن بدا له احتمال : وهو أن الحاكم قد يترك الواقعة على ما فيها من الخلاف ، ولا يتعرض لإنشاء حكم فيها ؛ لأن كلا القواين يجوز الأخذ به .. وهو طريق إلى الله تعالى .. فلا ضرر في الإفراز عليهما ... بخلاف إقرار الرسول — صلى الله عليه وسلم — على الواقعة — لا يكون مع إباحة الفعل ، أو يكون تقدم من الإنكار ما يكفي في الإرشاد بحكم الله تعالى — في تلك الواقعة .

وما تقدم نعلم أن إقرار الحاكم ليس في قوة إقراره — صلى الله عليه وسلم — لما ذكر (٢) .

(١) انظر أمثال الرسول ودلالاتها على الأحكام ص ٤٥٥ .

(٢) انظر : الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ، ومقدمات القاضي ،

والامام شهاب الدين العراقي ص ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ .

المطلب الثاني

سكوت النبي عن البيان ودلالته على الأحكام

مرادنا بالسكوت — هنا وكما قلنا من قبل — هو ترك الكلام . . فإن لم يكن — هناك — ما يستدعي القول ، فإن السكوت لا دلالة له ، لأن ترك (القول) — انما يوجب على حال البشر .

أما إن كان هناك ما يستدعي القول . . ثم سكوت — عليه السلام — فإن سكوته هذا قد يدل على حكم .

ثم إن كان الذي يستدعي القول . . (فعل) حدث أمام النبي صلى الله عليه وسلم — أو (قول) قيل أمامه . . فسكت عن الإنكار عليه . . فذلك هو (التقرير) أى الإقرار والموافقة على ما سمع أو رأى .

وإن كان الذي يستدعي الكلام (حادثة) وقعت ، وتستدعي بيان حكم . . أو (سؤال) يتطلب جواباً منه — صلى الله عليه وسلم — فسكت عن الجواب . . فلسكوته دلالة .

وهذا النوع من السكوت هو مرادنا هنا . . ويقول العلماء : إن سكوته صلى الله عليه وسلم — لا يدل على أنه لا حكم إلا عند الطلب والتساؤل ؛ لأنه في حكم الابتداء (١) .

وسكوت النبي — صلى الله عليه وسلم — نوعان

١ — النوع الأول : أن يسكت . عليه السلام — لعدم وجود حكم شرعى فى المسألة .

٢ — النوع الثانى : أن يسكت مع وجود حكم للمسألة . . ولكن بمنه من الإجابة مائع . .

(١) انظر : شرح تنقيح الفصول للقرافى ص ١٤٢ . +

(١) أما سكوته — عليه السلام — لعدم وجود حكم في المسألة . . فإنه — عليه السلام — كان إذا سئل عن حادثة — ليس فيها حكم — يسكت ، منتظراً الوحي . .

أما إن كان فيها حكم — ولم يمنع من الجواب مانع فإنه كان يجيب ، لأنه مأور بذلك ، لقوله تعالى : « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » (١) . . فلو سكت لم يكن مبيناً .

وعلى ذلك . . فسكوته — صلى الله عليه وسلم — مع عدم وجود مانع — يشعر أنه ليس في المسألة حكم ، وإذا لم يتأت بيان لاحق . . بقى أمر الحادثة على حاله . . ومثل بعض العلماء (٢) لذلك : بأنه — عليه السلام — لو سئل عن قول قائل لزوجته :

(أنت حرة ، أو اذهبي إلى أهلِكَ . .) إلى غير ذلك من الكنايات . . فسكت — والحالة هذه — من غير تلبية . . لوجب أن يدل سكوته على أن الكنايات لا يترتب عليها طلاق . . كما يترتب على الطلاق الصريح .

وبما ورد في السنة — من هذا النوع الأول — وهو السكوت لعدم وجود حكم شرعي — ما روى جابر — رضي الله عنه — [أن امرأة سعد بن الربيع قالت : يا رسول الله : إن سعداً هلك (أى مات) وترك ابنتين ، وأخاه . . فعمد أخوه فقبض ما ترك سعد ١١ وإنما تنكح النساء على أموالهن ١١ فلم يجبهما في مجلسها هذا . . ثم جاءته ، فقالت : يا رسول الله : ابنتا سعد ١٢ فقال : ادع لي أخاه (هكذا بأمر المفرد المذكر) — ولعله طلب من صحابي بهواره — فجاء (أى أخو سعد) فقال له : ادفع لي ابنتيه الثلثين . . وإلى امرأته اثنتين . . ولك ما تبقى] . . وفي رواية الترمذي : فتزلت آية المواريث (٣) .

(١) سورة النمل آية ٤٤ .

(٢) انظر : شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ١٣٢ .

(٣) انظر تفسير القرطبي ج ٥ ص ٧٥ . . وأفعال الرسول ودلائلها

على الأحكام للدكتور الأشقر ص ٤٦٠ .

ومن هذا النوع — أيضاً — سكوته — صلى الله عليه وسلم — عن بعض الأحكام مع بيان بعض آخر .. ويندرج تحت هذا الأمر مسألتان :

١ — كأن يكون المسؤول عنه قد تبين حكمه بدليل صحيح .. وفي تلك الحال لا يكون سكوته — عما سكوت عنه — حجة على انتفاء هذا الحكم .. بل يكون لإحالة منه — عليه السلام — على الدليل .

وقد اشترط لذلك بعض العلماء : أن يكون المسكوت عنه فإلم تذكره أدلة الشرع ... فلو كان المسكوت عنه قد ذكر فيها ، فإنه مما لا يحتاج به : كما لو أنى بزنا ، وزانية ، فأمر بالجلد ، ولم يذكر (المهر ، والعدة ، وغيرهما) ، لأن ذلك يحال به على البيان في غير هذا الموضع .

٢ — وقد يكون المسكوت عنه — في هذا النوع — مما يتوهم ثبوته ، أو يتردد فيه ، لتعارض الأدلة . . فيلغى أن يكون المسكوت عنه دليلاً انتفائه .. وصورة ذلك ما ورد في حديث أبي هريرة — في قصة الانصاري الذي وطئ زوجته في نهار رمضان ، فأمر النبي — صلى الله عليه وسلم — بالتكفير .. وسكت عن بيان الحكم بالنسبة للزوجة .

ومن هنا اختلف الفقهاء في حكم كفارة المرأة : هل لا تجب الكفارة عليها ؟ — بناء على هذا السكوت النبوي — ؟ بهذا قال بعض الفقهاء .. ولكن أغلبهم يقولون بوجوب الكفارة على المرأة — في هذه المسألة — كما وجهت على الرجل ^(١) ١١ .

(ب) النوع الثاني — من سكوته — عليه السلام — ما كان لما نعت من بيان الحكم .. ومنه : في شكله ورائع مختلفة ^(٢) :

(١) انظر : الفقه على المذاهب الأربعة ج ١ ص ٥٢٠ والمغني

لابن قدامة ج ٣ ص ١٣٣ .

(٢) انظر : المواهب للشاطبي ج ٤ ص ٣١٣ ، ٣١٩ ، وأعلام الموقعين

لابن القيم ج ٤ ص ١٥٧ .

١ - أن يكون السائل قد سأل عما لم يقع . . فترك - عليه السلام -
جوابه لعدم الحاجة إلى البيان ، ولإشعار السائل بتكلفه دون مبرر . . وفي ذلك
من الكراهة ما فيه .

٢ - أو أن عقل السائل . . أو عقل بعض السامعين لا يشمل الجواب
تكليفاً وتنفيذاً فيسكت - عليه السلام - عن جوابه ، ثم سـ لا يكون الجواب
فتنة له في دينه ، وقد جاء في البخارى : تأييداً لذلك - (باب من ترك بعض
الاختيار مخافة أن يقصر فهم بعض الناس ، فيقعوا في أشد منه) - ثم روى
حديث عائشة في تركه - صلى الله عليه وسلم - نقض السكبة (١) .

٣ - أو أن يكون سكوته - عليه الصلاة والسلام - على سبيل الإنكار
للسؤال نفسه ، لأنه لما لا ينفعى . . فالله تعالى - قد نهى عن السؤال في الأمور
التي عفا عنها . . قال تعالى : يا أيها الذين آمنوا : لا تسألوا عن أشياء أن تبدلكن
تسؤكن ، وإن تسألوا عنها حين ينزل القرآن - تبدلكن عفا الله عنها ، (٢) ؛

ونهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن كثرة السؤال . . ومن هذا النوع
سكوته عليه الصلاة والسلام - عن الأقرع بن حابس : فقد تلا عليهم النبي -
صلى الله عليه وسلم - قوله تعالى : والله على الناس حج البيت . . الآية ،
فقام الأقرع ، وقال : أفي كل عام يا رسول الله ؟ فأعرض النبي عنه - وسكت -
حتى سأله ثلاثاً - فقال صلى الله عليه وسلم - والذى نفسى بيده : لو قلت :
تعم لوجبت لي ولما استطعتم (٣) .

(١) انظر : صحيح البخارى ج ١ ص ٢٣٥ .

(٢) سورة المائدة آية ١٠١ .

(٣) انظر : نيل الأوطار للشوكاني ج ٤ ص ٣١٢ .

٤ — ومن هذه الموانع : أن السكوت نفسه قد يكون أحيانا جوابا . .
فن استأذن في فعل شيء . . فسكت النبي عن الإذن له . . دل ذلك على عدم
الإذن . . ومن ذلك ما رواه أبو هريرة — رضى الله عنه — حيث قال . .
(قلت : يا رسول الله : إني رجل شاب، وإني أخاف على نفسي العنت ، ولأجد
ما أتزوج به النساء — زاد في روايه : فأذن لي أن أختص ١١ فسكت عني . .
ثم قلت ذلك ، فسكت عني ، ثم قلت مثل ذلك ، فسكت عني ، ثم قلت مثل ذلك ،
فقال النبي — صلى الله عليه وسلم — يا أبا هريرة ١١ جف القلم بما أنت لاق ،
فاختص على ذلك . . أو ذر) ١١

قال ابن حجر : (فيه من الفوائد — جواز السكوت عن الجواب . لمن يظن
أنه يفهم المراد من مجرد السكوت) (١) .

ولكن ... هل ترك النبي الإجابة في واقعة يوجب ترك الحكم في نظيرها ؟
جاء في المسودة (٢) — إجابة على ذلك : (أنه إذا ترك النبي — صلى الله عليه
وسلم — الحكم في حادثة . . فهل لنا أن نحكم في نظيرها ؟ كالرجل الذي شج آخر
شجرة ، ولم يحكم فيها النبي — صلى الله عليه وسلم — بحكم . . فعلم بذلك أن لاحكم
لها في الشريعة .

يقول القاضي أبو يعلى — الحنبلي — إجابة على ذلك : يجوز لنا أن نحكم
في نظيرها ، لأنه — صلى الله عليه وسلم — ربما يكون قد سكت محيلا لنا على
بيان آخر : بأن يكون قد حكم في مسألة أخرى مشابهة . . ويكون سكوته من
تفويضه للحاضرين استخراج الحكم بالاجتهاد .

(١) انظر : صحيح البخارى ج ٩ ص ١٢٠ .

والبحر المحيط للزركسى مخطوطة بالازهر رقم ٢٠ .

(٢) اقتباس من (المسودة) لآل تيمية ص ٣٤٥ ، وافيالرسول

هلى الله عليه وسلم للدكتور الاشقر ص ٤٦٦ .

ويوافق القاضى أبو يعلى . . ابن عقيل على ذلك - فى حالة واحدة :-

— هى عنده جائزة : وهى أن يكون له - صلى الله عليه وسلم - حكم فى نظيرها ،
يصح استخراجها من معنى نطقه . . . واشترط لذلك : أن يكون قياسا جليا فى قوة
النصوص ، فإن لم يكن كذلك فلا وجه عنده ، لطلبنا الحكم - مع إمساكه - صلى
الله عليه وسلم .

واستدل بأن الحكم الذى نطلبه بالقياس - أو غيره - من الأدلة الاجتهادية
لتلك الواقعة . . إما أن يكون - صلى الله عليه وسلم - قد علمه ، وتركه . . وذلك
بمتنع ، لانه من تأخير البيان عن وقت الحاجة . . . وإما أن يكون غير عالم به . .
وذلك غير جائز ، إذ لو أراد الله ببيانه لما طواه عن نبيه - صلى الله عليه وسلم -
وأوقع الامة عليه من غير طريقه . . فلا يبقى إلا أنه لا حكم له - فى المسألة -
شرعياً ، وذلك يمنع من طلب حكم شرعى لنظائر تلك الحادثة .

لكن ما قاله القاضى أدق ، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد يترك الحكم
فى أمر من الأمور ، لما نفع شرعى - كما سبق - فإذا علمنا ذلك المانع ، وعرفنا
زواله . . جاز أن نحكم فيه . . كنفذ السكبة ، وإعادة بنائها على قواعد إبراهيم . .
تركه النبي صلى الله عليه وسلم - لحداثة عهدهم بالإسلام . . فإذا زال هذا السبب
جاز أن يفعل ذلك .

وكذلك ترك الحكم عن المعترف بالزنا لأول مرة . . وللثانية . . والثالثة . .
قال الشافعية . . والمالكية : بأن الاعتراف بالزنا مرة واحدة موجب للعبد ،
وأخذوا ذلك من أدلة أخرى غير تلك الواقعة . . وجعلوا رده (لما عثر) فى المرة
الاولى . . والثانية . . والثالثة على محامل مختلفة ، لزيادة التثبيت . . فلم يجعلوا
تركه للحكم - فى تلك الواقعة - مانعا من الحكم فى نظائرها من الوقائع .

وقال الحنفية . . والحنابلة : إن رده - صلى الله عليه وسلم - ولما عثر ، قبل

الرابعة دليل على أن الرابعة هي الموجبة . . ولا حكم فيما قبلها ، إذ لو كان فيها حكم لما جاز تركه (١) .

وفي النهاية أقول : إن الوقائع التي يمكن أن يترك فيها الرسول - صلى الله عليه وسلم - الحكم - أحيانا - نوعان : -

الأول : به ما سبق النص عليه ، أو يمكن تبين حكمه بقياس جلي .

الثاني : - ما منع من الحكم فيه مانع ، يتضمن مفسدة أعظم من ترك بيان الحكم فيه ... فإن لم يكن كذلك . . فإن ترك الحكم فيه ممتنع . . ويمتنع علينا الحكم فيه . . وهذا قيد في (قياس العلة) كما هو معروف - فلا يجوز أن يكون فرع القياس بما كان في سادته في زمنه - صلى الله عليه وسلم - وترك ذلك الحكم فيه (٢) ١١

وجه دلالة سكوته وتقريراته ﷺ على الأحكام :

الأدلة المعتمدة في الشريعة أغلبها أقوال فالكتاب العظيم قول الله تعالى والسنة النبوية منها أقوال ومنها أفعال . والإجماع منه قول ومنه فعل . ومذهب الصحابي (عند من يقول به) منه قول ومنه فعل

ودليل القياس وهو العلة ليس قولاً ولا فعلاً ولكن هي معنى اعتبره الشارع في الأصل .

(١) انظر : نيل الاوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٠٣ ، والمغنى لابن قدامة ج ٨ ص ١٩٢ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠١ ، وحاشية الباجوري ج ٢ ص ٢٤٧ ، وشيخ كثر الدقائق للعلامة معين الدين . . . ؟ وموسوعة ناصير للفقه الاسلامي ج ١٢ ص ١٦٣ .
(٢) انظر : المراجع السابقة ٧

فالأدلة إما أقوال وإما أفعال وإما غيرهما : ويقول ابن تيمية (١) الأصل
قول الله وفعله وتركه القول وتركه الفعل وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعله
وتركه القول وتركه الفعل . وإن كانت جرت عادة الأصوليين أن يذكروا قول
الله فقط ومن جهة للنبي صلى الله عليه وسلم . قوله وفعله وإقراره فهذا تقسيم
للأدلة من وجه طبيعتها وتقسيمها إلى كتاب وسنة وإجماع وقياس وغير ذلك .
هو تقسيم لها من جهة مصادرها وهو التقسيم السهل المعتمد عند الأصوليين .

(١) المسودة لآل تيمية طبع المدني بالثاهرة تحقيق الشيخ محمد
محيي الدين عيد الحميد ص ٢٩٨ .

المبحث الثاني (في حكم الأشياء المسكوت عنها)

ويتكون هذا المبحث من مطلبين

- المطلب الأول — حكم الأشياء المسكوت عنها ... في نظر الأصوليين .
- المطلب الثاني — تطبيق ذلك ... عند الفقهاء

المطلب الأول

حكم الأشياء المسكوت عنها . . في نظر الأصوليين
وهو ما يعبر عنه عندهم . . مسألة العفو :

اختلف علماء الأصول في هذه المسألة ... على مذهبين : —

المذهب الأول : — يرى أن الشريعة (حاكمة) ببيع أفعال العباد ... فلا
يخلو فعل منها عن حكم شرعي ... فما من عمل يفرض ... ولا حركة . . ولا
سكون يدعى إلّا والشريعة حاكمة عليه — أفرادا وتركيبا —

وفد أحاطت الشريعة بالأفعال إحاطة تامة ، فلم يشذ منها شيء .

ومن قال بهذا المذهب : الإمام الشافعي ، وابن السمعاني ... قال ابن
السمعاني : — (١) ولا بد أن يكون لله تعالى في كل حادثة حكم ... إما بتحليل
أو بتحريم) .

وقال في موضع آخر : - (إنا نعلم قطعاً أنه لا يجوز أن تخلو حادثة عن
حكم الله تعالى ، منسوب إلى شريعة نبيينا محمد صلى الله عليه وسلم - يبينه ، وأنه

(١) انظر الموافقات للشاطبي ج ١ ص ١٦٧ ، وافيالبرسولي

ودلالته على الأحكام د . محمد الاشتقر ص ١٢٧ .

لم يرد عن السلف الماضين أنهم أعروا واقعة عن بيان حكم فيها لله تعالى وتقدس...
وقد استرسلوا في بث الأحكام استرسال واثق بانسائها على جميع الوقائع ،
ولا يخفى على منصف أنهم ما كانوا يفتنون فتوى من

وتنقسم الوقائع عنده إلى ما يعبرى عن حكم .. وإلا مالا يعبرى عنه)
وقد احتج هذا المذهب بالأدلة الآتية :

(لو لم تكن أفعال المكلفين - بجملتها - داخله تحت خطاب التكليف -
لكان بعض المكلفين خارجا عن حكم خطاب التكليف - ولو في وقت ، أو
حالة ما - لكن ذلك باطل ، لأننا فرضناه مكلفا ، فلا يصح خروجه .

ويناقش هذا الدليل بأنه يمكن إبطال هذا بأننا نمنع أن يكون العبد البالغ
العاقل مكلفا على الإطلاق ... وإنما هو مكلف بما كلفه الله تعالى به . . لا بما
سكت عنه فلم يكلفه به .

(٢) واستدلوا - ثانياً - بقول الله تعالى : د ونزلنا عليك الكتاب تبينا
لكل شيء ، ويقول له تعالى : د اليوم أكملت لكم دينكم ، (٢)

وجه الاستدلال من هذين النصين : أن الكتاب تبين لكل شيء ، ويدخل
أفعال العباد دخولا أوليا ... إذ أن ضبطها - حسب أوامر الله تعالى - هو المقصود
الأول من نزول القرآن المجيد .. فيلزم أن يكون في الكتاب بيان أحكامها جميعا .

ويناقش هذا الدليل بأن الآية عامة لكل ما من شأنه أن يدخل فيها . .
قال مجاهد : د تبينا لكل شيء : للحلال والحرام (٣) . . وهي واردة في

(١) النحل آية ٨٩ .

(٢) المائدة آية ٣ .

(٣) انظر تفسير القرطبي ج ١٠ ص ١٩٦٤ .

— ٤٩ —

شؤون الدين كالأية الثابتة ... فما ليس من الدين خارج عن عمومها ... والفعل إذا لم يرد الله تعالى إنزال حكم فيه فهو خارج عن حكم الدين .

أما المذهب الثاني : فيرى أن الشريعة جاءت بأحكام معينة في أفعال معينة . . . أراد الله عز وجل — أن تكون تلك الأحكام هي الدين . . وترك ما سوى تلك الأفعال المعينة ، فلم يتعرض لها ، لا بأمر ، ولا بنهي ، ولا بتحليل ، ولا بتحريم . بل أبقاه على ما هو عليه — قبل ورود الشريعة .

وأفعال العباد — على هذا — قسمان :

- (أ) قسم فيه حكم شرعى . . سواء كان واجباً . . أو مندوباً . . .
أو مباحاً . . أو مكروهاً أو محرماً .
(ب) وقسم آخر خارج عن نطاق الشريعة ، أغفل فيه الحكم الشرعى ...
وهو ما يسمى (بالعفو) .

وأستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية :

١ — بما ورد من حديث سلمان الفارسي عن النبي صلى الله عليه وسلم :
أنه سئل عن الجبن ، والسمن ، والغراء . . فقال : الحلال ما أحله الله في كتابه ،
والحرام ما حرمه الله في كتابه ... وما سكت عنه فهو مما عني عنه ، (١) .

٢ — وبما ورد عن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم — قال :
« ما أحل الله في كتابه فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ،
فاقبلوا من الله عافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً . . ثم تلا وما كان ربك نسياً .

(١) أخرجه الترمذى ، والحاكم (الغنىم الكبير) قال الترمذى : حديث
غريب انظر سنن الترمذى ج ٥ ص ٢٩٧ ، وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١١٧ .
(٤ — السكوت)

وهذا نص في المسألة . .

وقال ابن عباس : (كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء ، ويتركون أشياء تفقدراً ، فبحث الله نبيه - صلى الله عليه وسلم - وأنزل كتابه ، وأحل حلاله ، وحرم حرامه . . فما أحل فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفر . .) وتلا قوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً على طاعم يطعمه . . إلى آخر الآية (١) »

٣ - واستدلوا - كذلك - بما نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عنه . . من كثرة السؤال ، ولومه من فعل ذلك ولو كان لكل شيء حكم شرعي لما كان السائل منه ملوماً . . وما ورد من ذلك النهي : قوله صلى الله عليه وسلم : « ذروني ما تركتكم ، فإنما أهلك من كان قبلكم كثرة مسائلهم ، واختلافهم على أنبيائهم » (٢) .

وبعد استعراض أدلة كل من المذهبين ترى صحة المذهب القائل (بمرتبة العفو) ، وأن أحكام الشريعة طائفة محدودة من الأحكام . . سواء أكانت مستفادة بالنص أم بالقياس ، أم غير ذلك ... وأن ما لم يدل عليه دليل صحيح يكون خارجاً عن جملة الأحكام أصلاً . . وبناء على ذلك لا يمتنع أن يكون النبي - صلى الله عليه وسلم - قد فعل (الشيء) بناء على أنه لا حكم فيه من قبل الله تعالى ، بل هو مسكوت عنه

وعلى هذا يحمل ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعله - بما حرمه الله بعد ذلك - كاللبس ، ولبس الذهب ، وما أقر غيره عليه - من ذلك - كشرب الخمر (٣) .

(١) انظر سنن أبي داود ج ١٠ ص ٢٧٣ .

(٢) انظر صحيح مسلم ج ٨ ص ١٠١ .

(٣) انظر المراجع السابقة .

المطلب الثاني

(حكم المطعومات التي سكنت عنها الشارع)

من البدييات أنه لا يعلم المسكوت عنه إلا بعد علم المنصوص عليه . .
والقاعدة الفقهية في هذا الباب هي : أن الأصل في الأشياء الإباحة
إلا ما ورد الشرع بتحريمه (١) . . . والحرم منها مستثنى ، ومنصوص عليه .
والأصل في إباحة المطعومات . . أو تحريمها : النصوص . . والقواعد الفقهية
أما النصوص فقد بينت المحرمات - من المطعومات - ونصت عليها ، وحصرتها ،
ومعنى ذلك أن ما سكنت عنه النصوص يكون مباحا . . عملا بقاعدة : الأصل
في الأشياء الإباحة . . وسوف نعرض لهذا في حينه .
ونتناول الحديث هنا على الوجه التالي :

أولا : بيان النصوص المحرمة لبعض المطعومات . . . وإليك بيانها .

١ - يقول الله تعالى - في سورة المائدة (٢) : حرمت عليكم الميتة ، والدم ،
ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، والمنخنقة ، والموقوذة ، والمتردية ،
والنطيحة ، وما أكل السبع - إلا ما ذكيتم - وما ذبح على النصب ، وأن
تستقسموا بالأزلام ۝ ذلكم فسق ، اليوم يئس الذين كفروا من دينكم ،
فلا تخشوهم ، واخشون ، اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتي ، ورضيت
لكم الإسلام ديناً ، فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم .

٢ - ويقول عز وجل - في سورة البقرة (٣) : ولما حرم عليكم الميتة ،
والدم ، ولحم الخنزير ، وما أهل به لغير الله ، فمن اضطر غير باغ ولا عاد -
فلا إثم عليه ، إن الله غفور رحيم .

-
- (١) انظر نيل الاوطار ج ٨ ص ١٢١ .
(٢) سورة المائدة الآية ٣ .
(٣) سورة البقرة آية ١٧٣ .

٣ - ويقول جل ثناؤه - في سورة الانعام (١) - دقل لا أجد - فيما أوحى إلى - محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة ، أو دما مسفوحا ، أو لحم خنزير ، - فإنه رجس ، أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر - غير باغ ولا عاد - فإن ربك غفور رحيم ، .

٤ - ويقول تبارك وتعالى - في سورة النحل : إنما حرم عليكم الميتة ، والدم ولحم الخنزير ، وما أهل لغير الله به ، فمن اضطر - غير باغ ولا عاد - فإن الله غفور رحيم ، (٢) .

٥ - يقول جل ذكره ، وعظم ثناؤه - في سورة الانعام : وما لكم إلا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه ، وقد فصل لكم ما حرم عليكم - إلا ما اضطررتم إليه ، .

فهذه الآيات الكريمات ذكرت المطعومات المحرم تناولها في الإسلام ، وأضافت السنة النبوية المطهرة - على صاحبها أفضل الصلاة ، وأزكى السلام - أنواعا أخرى شملتها أحاديث وردت عن النبي - صلى الله عليه وسلم .
١ - فقد ورد عن أبي ثعلبة الخشني أنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع ، رواه البخاري .

٢ - وعن جابر رضى الله عنه قال : نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم خيبر عن لحوم الجر الأهلية ، وأذن في لحوم الخيل ، .

٣ - وعن أبي هريرة - رضى الله عنه - : أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : « أكل كل ذي ناب من السباع ، وكل ذي غلب من الطير - حرام » (رواه أبو داود) (٣) .

ويؤخذ من هذه النصوص - سواء أكانت قرآنا ، أم سنة - أن الأصل في المطعومات ... الإباحة ... والنحریم مستثنى ، ومنصوص عليه أيضا .

(١) سورة الانعام آية ١٤٥ .

(٢) سورة النحل آية ١١٥ .

(٣) انظر كل هذه الاحاديث : نيل الأوطار : ٨ ص ١٣١ .

ويؤكد هذا قوله — صلى الله عليه وسلم — بجوابا لمن سأله عن بعض
المطعمات : « الحلال ما أحله الله في كتابه ، والحرام ما حرمه الله في كتابه ،
وما سكت عنه فهو مما عفا عنه » (١) (أخرجه الترمذى) .

فالرسول — صلى الله عليه وسلم — أحال السائل على قاعدة يرجع إليها في
معرفة الحلال والحرام ، وهي أنه يكفي أن يسرف ما حرمه الله ، فيكون كل
ما عداه حلالا طيبا ... ويؤكد هذا ما قاله الإمام الرازى — حيث قال — عند
تفسيره لآية المحرمات من الطعام : (أنه ليس وراء هذه المحرمات المحصورة محرم . .
وأنه الحكم المستقر في الشريعة من أولها إلى آخرها) (٢) .

وهذه النصوص تناولت المطاعم المحرم تناولها في الإسلام . . . وهي
نوعان :

(أ) نوع محرم بالإتفاق . .

(ب) ونوع يختلف فيه . .

أما النوع الأول — المحرم بالإتفاق — فإليك بيانه ، وحكمة تحريمه ،
ويشمل الأصناف الآتية :

الأول : الميتة ... والمراد منها — في عرف الشرع — ما مات ، ولم يذكره
الإنسان ذكاه شرعية ... فيحرم أكله باتفاق ، لأنه يكون — في الغالب — ضاراً ،
لإحداث الموت بشكل طبيعي ، أو بضعف وهزال ، أو « بميكروب » ،
« أو فيروس » ، يحطم خلايا الجسم ، ويهدقواها ، ويتوالد فيها ، فيكون الجسم
مسموماً ، وقد يعيش « الميكروب » ، أو الفيروس ، في جثة الميتة زمناً طويلاً ،
ويقتل بالتالي إلى الأكل ... ولأنه بما تعافه الطباع السليمة ، وتستقدره ، وتمده
خبيثاً ... وقد قيل : إن سبب ضرر الميتة هو احتباس بعض المواد الضارة .
والسامة في جسمها .

(١) انظر نيل الاوطار : ج ٨ ص ١٠٦ .

(٢) انظر : تفسير القرآن للرازى ج ٤ ص ٧٥ .

وقد استثنى من الميتة المحرمة . . نوحان — باتفاق — هما : السمك . .
والجراد . . ويدل على هذا الاستثناء ما ورد من قوله صلى الله عليه وسلم :
« أحلت لنا ميتتان ، ودمان : السمك والجراد ... والكبد والطحال » (١) .

الثانى : الدم ... والمراد به الدم المسفوح ، الذى يسفح وبراق ؛ ويسيل
من الحيوان عند التذكية .

وحكمة تحريم الدم هي . . الضرر . . والاستقذار — أيضا — كما قيل فى
الميتة ...

أما كونه خبيثاً مستقذراً عند الناس — فظاهر ... وأما كونه ضاراً فلأنه عسير
الهضم جداً ، ويحمل كثيراً من الخلايا المغنة الميتة ، التى تتحلل من الجسم ، وهى
فضلات افطنتها طبيعته منه — كما تلفظ البول والبراز ، واستعاضت عنها بمواد
جيدة جديدة من الدم ... فالعودة إلى التغذى بها تشبه التغذى (بالرجيع) ... وقد
يكون جراثيم بعض الأمراض المعدية — وهى تكون فيه أكثر مما تكون فى اللحم ...
وكذلك اللبن الذى أعده الخالق الحكيم من أصل الطبيعة للتغذى به .

ومع هذا نرى أن الأطباء متفقون على وجوب (غلى اللبن) اقتل ما يوجد
فيه من جراثيم الأمراض المعدية . . والدم لا يغلى كما يغلى اللبن بل قد يجمد
بقليل من الحرارة (يتجلط) وحينئذ تبقى الجراثيم الفتاكة فيه — حية تؤثر فى
الجسم الذى تدخله .

فإن قيل : إن المشهور عن الأطباء أن الدم (مادة الحياة) الحيوانية الفعالة فى
الصحة ، فإن أمكن للإنسان أن يضيف دم غيره من الأحياء إلى دمه زاده ذلك
صحة وقوة !!

(١) أنظر تفسير بن كثير ج ٢ ص ٦ الطبى والمنار ج ٦ ص ١١١
الهيئة العامة للكتاب والمنار العربى ج ٦ ص ٤٧ دار الكتب .

فالجواب : أن هذا لا يؤخذ على إطلاقه ، ولم يثبت عند الأطباء أن شرب الدم المسفوح ، أو أكله - بعد أن يجمد بنفسه ، أو بالطبخ - مفيد للصحة ، والقوة ... كما لم يثبت عندهم - أنه يريد الدم ! !

ولذلك لا يتناولونه ، ولا يأمررون الناس به ، ولا يقولون إن (معدات) الناس تقوى على هضمه ، والتغذى به بسهولة . . وإنما يتولد الدم مما يهضم من الطعام .

الثالث : لحم الخنزير ... وإنما خص اللحم بالذكر ، لأنه المقصود بالدم ... وأما شعره ... فقال قوم يجوز استعماله إن كانت هناك ضرورة .

حكمة تحريم أكله . . ما فيه من الضرر . . وكونه مما يستقذر ... وإن كان استقذاره ليس لذاته كالدم والميتة . . بل هو خاص بملارمته القاذورات ، ورغبته فيها ، وولعه بها .

ولهذا المعنى ورد النهى عن أكل (الجلالة) وشرب لبنها (وهى التى تأكل العذرة - الجللة - أى فضلات البهائم . فقد روى أحمد ، وأصحاب السنن الثلاثة - وصححه الترمذى عن ابن عباس - : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرب لبن الجلالة ، وعن ابن عمر - رضى الله عنه - قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم - عن أكل الجلالة ، وألبانها ، (رواه الخمسة إلا النسائي) (١) »

واختلف العلماء فى النهى عن الجلالة - من الألبان وغيرها ، كالسجاج والأوز ... وهل العبرة بعلفها - قلة وكثرة - ؟ أو العبرة برائحة لحمها ؟ وهل النهى للتحريم ، أو للسكراهة ؟

وقال بعض الأئمة (الشافعى ، وأصحاب الرأى ، والإمام أحمد) : - أنها تنكره .. ولا يؤكل لحمها حتى تحبس أياماً عن أكل القاذورات .

(١) انظر : نيل الاوطار ج ١٣٦ .

واختلفوا في مدة الحبس ... والمشهور أنه ليس للحبس مدة محددة ، وإن كان ابن عمر حبس الدجاجة ثلاثاً ... ولم ير الإمام مالك بأساً في أكلها دون حبس . .

والغرض من هذا أن الإسلام أحل الطيبات ، وحرم الخبائث ، وبالنسبة في أمر النظافة ... فلا غرو إذ عد أكل الخنزير للقاذورات علة أو حكمة لتحريمه . وإن لم يترب عليه ضرر ... فكيف إذا ترب عليه ضرر بالغ ...

وأما كون لحم الخنزير ضاراً . . فهذا أثبتته علم التشريح ، والطب . . وجل ضرره ناشئ من أكله القاذورات التي تتوالد فيها (الديدان الشريطية) ، كما أنها تولد في جسمه دودة أخرى يسميها الأطباء (الشعرة الحلزونية) ، وهي تسرى إلى جسم الخنزير من أكله القاذورات الميتة (١) ... ومن أضراره أن لحمه أعسر اللحوم هضمًا ، لكثرة الشحوم في أليافه العضلية ... وقد تحول الأنسجة الدهنية التي فيه . دون عصير المعدة ، فيعسر هضم المواد الزلالية للمضلات ، فتتعب المعدة آكله ، ويشعر بثقل في بطنه ، واضطراب في قلبه ، فإن ذرعه القيء (غايه) قذف هذه المواد الخبيثة ... وإلا تهيجت الأمعاء ، وأصيب بالإسهال .

ولولا العادة التي تسهل على كثير من الناس تناول السموم : أكلًا وشربًا ، وتدخينًا ... ولولا ما يعالجون به لحوم الخنزير لتخفيف ضرره .. لما أمكن للناس أن يأكلوه ، ولا سيما أهل البلاد الحارة !!

فإن قيل إن آية الانعام (٢) عللت تحريم أكل لحم الخنزير بكونه رجسًا . فهل معنى ذلك أن أكله محرم للذرة ؟ أو لما فيه من الضرر ؟

فالجواب . . أن لفظ (الرجس) يطلق على كل ضار . . مستقبح . . حساً

(١) انظر الطب النبوي لابن القيم ص ١٣

(٢) انظر الآية ١٤٥ من سورة الانعام .

أو معنى .. فيسمى (النجس) رجسا .. ويسمى (الضار) رجسا .. ومن
الآخر قوله تعالى : « إنما الخمر ، والميسر ، والأنصاب والأزلام رجس من عمل
الشیطان فاجتنبوه !! » .

الرابع . ما أهل لغير الله به ... وهذا هو الذي حرم لسبب ديني محض ،
لا لأجل الصحة والنظافة كالثلاثة الماضية .

والمراد بما أهل لغير الله هو : ما ذبح ، أو نحر على ذكر اسم غير اسم الله
تعالى ، من المخلوقات التي يعظمها الناس تعظيماً دينياً ، ويتقربون إلى معبوداتهم
بهذه الذبائح ..

والإهلال : رفع الصوت .. يقال : أهل فلان بالحج إذا رفع صوته بالتلبية
له ... ومنه : استهل الصبي : إذا صرخ عند الولادة .

وكانوا في الجاهلية - يذبحون لأصنامهم ، فيرفعون صوتهم - عند الذبح -
بقولهم : باسم اللات .. أو باسم العزى !! .

وحكمة تحريم ما أهل به لغير الله هي .. أن هذا من عبادة غير الله تعالى ..
فالأكل منه يعتبر مشاركة لأهله ، ومشايعة لهم عليه ، (ورفع الصوت) ليس
هو علة التحريم ، ولا شرطاً له .. بل هو لبيان الواقع ،

وإنما سبب التحريم ما ذكرناه من كونه عبادة لغير الله ... ويدخل فيما
أهل به لغير الله ما ذكر عند ذبحه اسم أي .. أو ولي ، كما يفعل بعض أهل
الكتاب .. وجملة المسلمين !! .

الخامس ... المنخنقة .. قال صاحب القاموس : (خنقه خنقا — ككتف ،
وخنقا ... وخنوقة ، وخنوق .. وخنقت الشاة بنفسها) .

وقد روى ابن جرير الطبري — في تفسير المنخنقة — أقوالاً عن مفسري

السلف^(١) ، في هذا المعنى ... وأولى هذه الأقوال بالصواب قول من قال : —
(هي التي تخنق : إما في وثاقها ، أو بإدخال رأسها في الموضع الذي لا تقدر على
التخلص منه ، فتخنق حتى تموت) ...

و إنما قلنا إن ذلك (أولى بالصواب) في تأويل ذلك من غيره ، لأن المنخنقة
هي الموصوفة (بالانخناق) دون خنق غيرها لها .

ويخطئ من يقول : إن فعل الانخناق - هنا - مما يسمونه أفعال المطاوعة
كما قال الصرفيون في مثل : كسرتة فانكسر ... وهذا فهم غير دقيق ، لأن العربي
إنما يقول : انكسر الشيء .. إذا كان يعلم أنه انكسر بنفسه ، أو يحتمل من
كسره ... إلا إذا كان المقام مقام تعبير عن شيء تعذر كسره على السكاسرين ثم
انكسر بفعل أحدهم ... وهذا لا يتأتى إلا في بعض الموارد .

وأرى أنه في (مادة الخنق) ما يفهم - من عبارة القاموس - أن مطاوع (خنق
هو اختنق) من (الافتعال) ... وأن (انخنق) لا يفهم منه إلا ما كان بفعل الحيوان
نفسه - كما قال ابن جرير .

فالمنخنقة - بهذا المعنى - من قبيل ما مات حتف أنفه ، من حيث أنه لم يم
بتزكية الإنسان له ، لأجل أكله ، فهي داخلة في عموم (الميتة) بالمعنى الشرعي الذي
يلناه من قبل .

والحكمة من هذا التحريم هي : تعظيم شأن (القصد) في الأمور كلها ، ليسكون
الإنسان معتمدا على كسبه ، وسعيه ، فإن التذكية عبارة عن إزهاق روح الحيوان
لأجل أكله - وله صور وكميات كثيرة - والميت حتف أنفه يغلب عليه أن يموت
لمرض ، أو أكل نبات سام ، وبذلك يكون له ضارا ... وكذا إذا مات من شدة
الضعف ، وانحلال الطبيعة ... أضف إلى ذلك استمقذار ما مات (مخنوقا) عند
الطباع السليمة ، واستنجاث أكله واعتباره مهانة تنافر عزة النفس وكرامتها .

(١) انظر : تفسير ابن جرير الطبري ج ٧ ص ٢٢٣ .

وانظر بحثنا في المطبوعات والاعذار الشرعية ص ٧٥ .

ولإنما خص القرآن الكريم (المنخفة) بالذكر ، لأن بعض العرب - في الجاهلية - كانوا يأكلونها ... وأمثلا يشكبه فيها بعض الناس بهم ، لأن لموتها سببا معروفا -

ولإنما العبرة في الشرع بالتذكية التي تكون بقصد الإنسان ، لأجل الأكل ، حتى يكون وافعا من (صفة البهيمة) التي يريد التغذي بها .

ولو أراد الله (بالمنخفة) .. المنخوة بفعل الإنسان .. لمبر بلفظ (المنخوفة) لأنه حينئذ يفيد أن (المنخوق) - وإن كان ضربا من التذكية بفعل الفاعل - إلا أنه لأجل ... ويفهم منه تحريم (المنخوق) بالأولى .. بل يفهم هذا عن اللفظ (الميتة) - كما قلنا .

فالعُدول إلى لفظ (المنخوفة) لا تعقل له حكمة إلا الإشعار بكون (المنخوفة) في معنى الميتة !! .

السادس : الموقوذة ... وهي التي ضربت بشيء غير محدد (أى ليس له حد كحد السكين) حتى انحلت قواها ، وماتت .

قال فالقاموس : الوقذ : شدة الضرب قال شارحه : وفي العاصم المصنف : الموقوذة هي التي تقتل بعصا ، أو بحجارة لأحد لها ، فتموت بلا ذكاة وشاة وقيد ، وموقوذة .. والوقذ أيضاً الشديد المرض ، المشرف على الموت !!

وما نقله ابن جرير من أفرال مفسرى السلف (١) موافق لهذا ، وهو أن الوقيد ماضرب بالعشب ، أو بالعصا ، وكانوا يأكلونها في الجاهلية .

والوقذ محرم في الاسلام ، لأنه تعذيب للحيوان ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله كتب الإحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل ،

(١) انظر تفسير ابن جرير الطبري ج ٧ ص ٢٢٣

وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليجد أحدكم شفرته ، وإيرح ذبيحته ، رواه أحمد ، ومسلم ، وأصحاب السنن^(١) .

فلما نال الوقذ محرماً ، حرم ماقتل به ... ثم إن الموقوذة تدخل في عموم الميتة الشرعية ، فإنها لم تذك تذكاة شرعية لأجل الأكل .

والحكمة في هذا التحريم ... أن يعرف الناس أن الشارع الحكيم يأمر بالمحافظة على حياة الحيوان ، وينهى عن تعذيبه ، أو تعريضه للعذاب ، ويعاقب من يتهاون في ذلك بتحريم أكل الحيوان عليه كي لا يتهاون في حفظ حياته ، فإن الرعاة - أحياناً - يعضبون على بعض البهائم ، فيقتلونه بالضرب ، ويحرقون بين البهائم ، فيفرون الكباشين بالتناطح حتى يهلكا ، أو يكادا ... ومن كان يرعى أغنام غيره بالأجرة يقع له مثل ذلك أكثر ... ولو كان كل مالهك بتلك الطريقة حللاً ... لما بعد أن يعتمد الرعاة ، وأمثالهم تعريض البهائم للهلاك لئلا تكلوها بعدد .

ثم إنه رحمة بنا وبالحيوان جعل الله سبحانه وتعالى بيننا قسمة عادلة ... لحرم علينا ماقتله الحيوان ... وما مات في الخلاء بغير قصد منا ليبقى ذلك كله للحيوان يأكله ، لأنها أمم أمثالنا ... وكأنه تعالى - لم يرص أن نأكل ما لم نقصده ، ولم تفكر فيه .

السابع : المتردية ... وهي التي تقع من مكان مرتفع ، أو منخفض قسوت ... قاله ابن جرير : يعني بذلك - جل ثناؤه - وحرمت عليكم الميتة تردياً من جبل أو بئر ، أو غير ذلك ، وترديها رميها بنفسها من مكان عال شرف إلى أسفله^(٢) .

وهذا التفسير يدخل المتردية في الميتة بحسب معناها الذي بينناه ، إذا لم يكن للإنسان عمل في إماتها ، ولا قصد به إلى أكلها .

(١). انظر : نيل الاوطار للشوكاني ج ٨ ص ١٦٠ .

— ٩١ —

الثامن : النطيحة وهى التى نطحتها ... ولا فرق بين أن تموت من نطحها لغيرها ... وبين أن تموت من نطح غيرها لها .

التاسع : ما أكل السبع أى ماقتله بعض سباع الوحوش ، كالأسد ، والذئب لياكله ، وأكله منه ليس شرطا للتحريم فإن افترسه إياه يلحقه بالميتة.... وكانوا فى الجاهلية يأكلون فرائس السباع، وهو مما تأتفه النفس السوية ، والطباع السليمة - فخرمه الله تعالى .

ودل بذلك على أن سائر الأسباب التى يحدث عنها الموت للأنام أو الطيور - دون أن يكون من فعل آدمى على وجه التذكية - تجعل أكلها محظورا .

العاشر : — من محرّمات الطعام — ما ذبح على النصب ..

. قال مجاهد : النصب حجارة حول السكب تذب عليها أهل الجاهلية ، ويبدونها - إذا شاءوا - بحجارة أحب إليهم منها .

. وقال قتادة : والنصب حجارة كان أهل الجاهلية يعبدونها ، ويذبحون لها .. فنهى الله عن ذلك .

. وقال ابن عباس : أنصاب كانوا يذبحونها عليها ، ويهلون عليها .

ومن هذه النصوص الفقهية نقول : إن ما ذبح على النصب هو من جنس ما أهل به لغير الله .. من حيث أنه يذبح بقصد العبادة لغير الله ، ولكنه أخص منه ... فما أهل به لغير الله قد يكون ذبح أصنم من الأصنام بعيدا عنه ، وعن النصب .. وما ذبح على النصب لابد أن يذبح على تلك الحجارة أو عندها ، وينشر لحمه عليها .

وخلاصة ما تقدم ... أن النصب أحجار منصوبة كانوا يعبدونها ويقرّبون لها الذبائح .. فنهى الله تعالى عن أكل ما ذبح على النصب ، لانهما أهل به لغير الله !!

— ٩٤ —

والفرق بين النصب . . والنصب : أن النصب يصور ، وينتقش وليس كذلك النصب ، لأن النصب أحجار منصوبة ، وهذه خرافة من خرافات الجاهلية التي جاء الإسلام ليحوها^(١) .

— المَطْعَمَاتُ الْمُخْتَلَفُ فِي حَرَمَتِهَا —

أما المَطْعَمَاتُ الْمُخْتَلَفُ فِي حَرَمَتِهَا . . فالأصل فيها ما روى عن أبي ثعلبة الخشني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « كل ذى ناب من السباع فأكاه حرام » (رواه الجماعة إلا البخارى وأبا داود) .

وما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى غلب من الطير » . (رواه الجماعة إلا البخارى والترمذى) .

وعن جابر — رضى الله عنه — عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : — « حرم رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يوم خيبر — لحوم الجر إلا نسية ، ولحوم البغال ، وكل ذى ناب من السباع ، وكل ذى غلب من الطير » (رواه أحمد والترمذى^(٢)) .

ويؤخذ من ظاهر الأحاديث تحريم كل ذى ناب من السباع ، وكل ذى غلب من الطير . . . ومن قصر المحرمات من المَطْعَمَاتِ عَلَى مَا جَاءَ مَحْصُوراً فِي الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ فَقَطْ : قال : « إن النهى هنا — أى الوارد في

(١) انظر : احكام القرآن للهبصاص ج ٣ ص ٣٠٦ ، واحكام القرآن للقرطبي ج ٦ ص ٥٧ . وتفسير آيات الاحكام للمرحوم الشيخ محمد على السائيس ج ٣ ص ١٦٢ .
(٢) انظر هذه الأحاديث : في نيل الاوطار ج ٨ ص ١٣١ .

- ٩٣ -

الأحاديث - نهي كراهة ... وهذا هو المشهور عن مذهب مالك ، كما قال ابن عربي (١) .

واختلف القائلون بالتحريم في تفسير كلبتي (ذى الناب من السباع) (وذى الخلب من الطيور) ... فقال أبو حنيفة (٢) : - السبع هو كل ما أكل اللحم ... قالوا : فيدخل فيه ذو الناب من السباع الوحشية كالأسد ، والدئب ، والضبع ، والنمر ، والفهد ، والثعلب ، والقرد ، والقيل ، ونحو ذلك . إلا أنه اختلف في بعض هذه الأنواع ، نظرا لاختلافهم في تفسير كلمة (السبع) .

وقال الشافعي (٣) : - السبع هو كل ما يمدو على الناس والحيوان ... وعلى هذا يخرج الضبع ، والثعلب ، لأنهما لا يمدوان على الناس . فهما حلالان عنده ... محرمان عند غيره ، نظرا لاختلافهم في معنى كلمة (السبع) .

حكم الأكل من السباع . .

المشهور عند أكثر أهل العلم (٤) - تحريم كل ذى ناب قوى من السباع ، يمدو به (وهو الذى تضرب بأنيابها وتفترس) ... والدليل على ذلك أحاديث كثيرة منها :

١ - قوله صلى الله عليه وسلم : كل ذى ناب من السباع حرام ، فأكله حرام .

(١) انظر ، أحكام القرآن لابن عربي ج ٢ ص ٥٣٦ .

(٢) أنظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٦٧١ .

(٣) انظر : المذهب لابى اسحق الشيرازى ج ١ ص ٢٤٩ .

(٤) انظر : حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٠٢ ، والقوانين الفقهية

لابن جزى ص ١٩٢ ، وتحفة الطلاب ص ١٢٨ .

٩٤

٢ - واحتجوا ثانيا بما صح عن عائشة رضى الله عنها (أنها سئلت عن أكل لحوم السباع فقرأت قول الله تعالى : و قل لا أجد فيها أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه - إلا أن يكون ميتة ، أو دما مسفوحا ، أو لحم خنزير... الآية) .

٣ - وروى عن طريق جويرير عن الضحاك قال : - تلا ابن عباس هذه الآية : و قل لا أجد فيها أوحى إلى محرما ... ، قال : ما خلا هذا فهو حلال .

٤ - وقالوا : روى الزهرى خبره النهى عن كل ذى ناب من السباع ، ثم قال : لم أسمع هذا من علمائنا بالحجاز . وقال بعضهم إنما نهى عنها من أجل ضرر لحمها .

ويجاب (١) عن ذلك كله بأن الآية التى احتجوا بها (مكية) . . وحديث التحريم بعد الهجرة . . مع أنهم يحرمون اللحم الأهلية ، وليست فى الآية . .

وأما قول عائشة - رضى الله عنها - فلا حجة لأحد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ... ولو أن عائشة رضى الله عنها - بلغها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ... لما خالفته .

وأما الرواية عن ابن عباس ... فهى - الأخرى - لاتصلح حجة ، لأنها عن جويرير - وهو مالك - عن الضحاك ، وهو ضعيف ، وقد روى - نفسه - حديث : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير ، الذى رواه الجماعة . .

وأما قول الزهرى : لأنه لم يسمعه من علمائه بالحجاز . . فنقول فيه : - يجب أن الزهرى لم يسمعه قط ... أتى أن السنة لا يؤخذ منها شئ حتى يعرفها الزهرى ؟ إن هذا لم يسمع بمثله . . فكيف والزهرى لم يلتفت إلى أنه لم يسمعه من علمائه بالحجاز ؟ فلا يكون كلام الزهرى - حينئذ - حجة على الحديث .

(١) انظر المراجع السابقة .

وأما قولهم : إنما نهى عنها لضرر لحما ... فلم يثبت عنه - صلى الله عليه وسلم - ذلك ... أى أنه نهى عن لحما للضرر ، فضلاً عن أن لحماً الجمل الشارف (الضخم) والتيش الهرم أشد ضرراً من لحم الكلب ، والهر ، والفهد .

ثم ... هب أنه نهى عنها للضرر - كما قالوا - فهل ذلك ما يبطل النهى عنها صراحة ونصاً ؟ (١)

الرأى الراجح عندنا : بعد أن علمت - أخى القارىء الكريم - أن أدلة المالكية ومن وافقهم . . لا تصلح حجة لما قالوه . . فيكون الرأى المقابل هو المعمول عليه ؛ للأحاديث التى ثبتت ، وصحت عن رسول الله صلوات الله عليه . . فيما رواه أبو ثعلبة الخشنى قال : « نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن أكل كل ذى ناب من السباع » ، وثفق عليه .

وقال أبو هريرة - رضى الله عنه - « إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : « أكل كل ذى ناب من السباع حرام » . . قال ابن عبد البر : هذا حديث ثابت صحيح يجمع على صحته ... وهذا نص صريح يخص عموم الآيات ، فيدخل فى هذا الاسد ، والنمر ، والفهد ، والذئب ، والكلب ونحوه .

أما ذوات المخالب من الطير - ولا يسمى ذى مخالب من الطير عند العرب إلا الصائد بمخالبه وحده - فالمشهور عند أكثر الفقهاء (٢) : أن كل ذى مخالب من الطير حرام أكله (وهو الذى يعلق بمخالبها الشئ ويصيده) ؛ لما روى عن ابن عباس - رضى الله عنه - « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - نهى عن كل ذى ناب من السباع وعن كل ذى مخالب من الطير ولا ينهى رسول الله ﷺ عن حلال . . وأباح المالكية أكل جوارح الطير ، واحتجوا بعدم الآيات المبيحة ،

(١) انظر : المحلى لابن حزم ج ٧ ص ٤٠٠ ، ٤٠١ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٥٨٧ ، ٥٩٠ ، ونيل الاوطار

للشوكانى ج ٨ ص ١٢١ ، وبدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٦٧١ .

(٥ - السمكوت)

كقوله تعالى : « هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً » (١) . . وقوله سبحانه :
« وسخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض جميعاً » (٢) . . . وقوله تعالى : « قل
لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه » (٣) . . . وقوله تعالى : « وقد فصل
لكم ما حرم عليكم » . فكل شئ (حلال) ما لم يرد نص بتحريمه .

وقد طعن المالكية فى رواية ابن عباس : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن كل ذى ناب من السباع » ، وعن كل ذى مخلب من الطير » . . فقالوا :
إن هذا الخبر لم يسمعه ميمون بن مهران من ابن عباس ، وإنما سمعه من سعيد بن
جبير عن ابن عباس .

ويقول ابن حزم (٥) - ردأ على هذه المقالة - : إن ميمون بن مهران سمعه من
ابن عباس ، وسمعه أيضاً من سعيد بن جبير عن ابن عباس - رضى الله عنهم -
فلم يسلم لهم ما قالوه ، وبقي الحديث سالماً من الضعف .

والراجح فى نظرنا . . . هو ما قاله جمهور الفقهاء (٦) ؛ لما روى عن ابن عباس
رضى الله عنه - « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع ،
وكل ذى مخلب من الطير » . . . ولما رواه خالد بن الوليد - رضى الله عنه - قال :
« قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - حرام عليكم الحمر الأهلية ، وكل ذى ناب
من السباع ، وكل ذى مخلب من الطير » (رواهما أبو داود) .

ومحصلة هذا الاختلاف . . . أنه قد اختلف فى بعض سباع الوحش ،

(١) سورة البقرة آية ٢٩ .

(٢) سورة الجاثية آية ١٣ .

(٣) سورة الأنعام من آية ١٤٥ .

(٤) سورة الأنعام من آية ١١٩ .

(٥) انظر المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ ، ٤٠٦ .

(٦) انظر المراجع السابقة .

والطير ، نظراً لاختلافهم في تفسير كُتبي (ذى الناب من السباع ، وذى الخلب من الطير) كما سبق .

(أ) فن الفقهاء من يعد بعضها من ذوات الانياب .. فتكون سباعاً محرمة ..
أو من ذوات المخالب فتكون طيوراً محرمة .

(ب) والبعض الآخر قد لا يعدها كذلك - أى لا يعتبرها من ذوات الانياب فلا تكون سباعاً محرمة .. ولا ذات مخالب .. فلا تكون طيوراً محرمة .

وبعد تلك المقدمة الطويلة عن بيان (المحرمات من المطعومات) المتفق على تحريمها .. والمختلف فيه ... أقول :

إن هناك مطعومات أخرى غير تلك ، لم يرد نص من الشارع عنها ، أى سكوت الشارع عن بيانها ... فما حكمها في هذه الحالة ؟

وهذا ما اخترت له عنوان : حكم المطعومات المسكوت عنها ... ويعبر عنه الفقهاء (بالمسكوت عنه) . .

وحكمه ... أنه ينظر فيه : فإن كان مما تستطيه العرب حل أكله وإن كان مما لا تستطيه العرب لم يحل أكله ... لقوله عز وجل :

« ويحل لهم الطيبات ، ويحرم عليهم الخبائث » ، (١) ... والطيبات من الطعام ما تستطيه النفوس السليمة ، والفطرة المعتدلة بمقتضى طبعها ، فتأكله باشتهاء ، وما أكله الإنسان باشتهاء ورغبة فهو الذى يسيغه ، ويضمه بسهولة ، فيبتذله به غذاء صالحاً ... وما يستخذه ، ويعافه لا يسهل هضمه عليه ، ولا ينال منه غذاء صالحاً ، بل يضره غالباً ..

فما حرمة الله خبيث ... بشهادة الموافقة لفطرته التى فطر الله الناس عليها ، وما زال السواد الأعظم من أصحاب الطباع السليمة ، والفطر المعتدلة يعافون أكل الميتة حتى أنفها ، وما مائلها من فرائس السباع ، والمترديات ، والنطائح ،

(١) سورة الاعراف آية ٣١ .

وتحورها... وكذلك الدم المسفوح .. وأكل لحم الخنزير فإنما يمافه من يعرف ضرره، وإيهما كه في أكل الاقدار .

ونلخص القول هنا فنقول : إن ما لا نص فيه على حله ، أو حرمة ومكته عنه .. قسبان :

(أ) طيب حلال تستطيه النفس وتأكله .

(ب) وخبيث حرام تستقزره النفس ، وتستخبثه ، وتمافه ، ولا تأكله . . . وهو المبررة - في التفرق بينهما - بذوق أصحاب الطباع السليمة ؛ أو بعمل كل أناس بحسب ذوقهم ؟

كل من الوجهين - محتمل ... وأرى أن الموافق لحكمة التحريم هو الثاني ... وهو أنه يحرم على كل أحد أن يأكل ما تستخبثه نفسه ، وتمافه ، لأنه يضره ، ولا يصلح لتفذيته ... ولذلك قال بعض الحكماء :

ما أكلته وأنت تشتميه فقد أكلته ... وما أكلته وأنت لا تشتميه فقد أكلك ! ..

وما قيل ^(١) من أن الذين تعتبر (استعابتهم ، واستخفهم) هم أهل الحجاز فقط دون غيرهم ، لأنهم الذين نزل عليهم الكتاب ، وخطبوا به ، وبالسنة ... فيرجع في مطلق (الفاظهما) إلى عرفهم .. دون الاجلاف من أهل البادية ... والفقراء ... وأهل الضرورة الذين يأكلون ما وجدوا ... وما وجد في أمصار المسلمين - بما لا يعرفه أهل الحجاز - رد إلى أقرب ما يشبهه في الحجاز ، فإن لم يشبه شيئاً منها فهو مباح ، لدخوله في عموم قوله تعالى : « قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه ، إلا أن يكون ميتة ، أو دماً مسفوحاً ، أو لحم خنزير ... الآية » ^(٢) ولقوله - صلى الله عليه وسلم - جواباً على من سأله عنه

(١) انظر : المهذب ج ١ ص ٢٤٩ .

(٢) سورة الانعام من آية ١٤٥ .

بعض المظهورات : « الحلال ما أحله الله في كتابه ... والحرام ما حرمه الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو عفا عنه » (١) .

ما قيل عن هذا فإنه يحاب عليه بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - (عاف أكل الضب) بأنه ليس في أرض قومه ، وأذن لغيره في أكله (٢) .

ومنى ذلك أنه لم يحكم بذوق قوم على ذوق قوم غيرهم ... وليس هذا أمراً يتعلق باللغة ... حتى لا يقال : إنهم هم الذين خوطبوا بهذا أولاً ، فاجتبر بما يفهمونه منه ، والناس تبع لهم فيه ... بل هو أمر متعلق بالأذواق والطباع .

وعلى هذا فالعنى أنه أحل ما يستطاب أكله ، ويشتهى ... دون ما يستغيب ويحاف ، وأحياناً تكون العبرة بالسواد الأعظم من ذوى الطباع السليمة لا ذوى الضرورات ، والمعيشة الشاذة (٣) .

وأرى أنه — ختاماً لهذا الموضوع — ينبغي أن أتعرض لقاعدة فقهية هي : — هل الأصل في الأشياء الإباحة ؟ لأن المظهورات :

(أ) منها ما ورد النص بإباحته ... وهو بهيمة الأنعام ، وما يشبهها ، لقوله تعالى : « أحلت لكم بهيمة الأنعام » (٤) ، « وصيد البر ، والبحر » ، لقوله تعالى : « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة » ، وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً ... (٥) ، وما كانت العرب تسميه طيلاً ، لقوله تعالى : « ويحل لهم الطييات » ، ويحرم عليهم الخبائث ، (٦) .

(١) سبق تخريجه .

(٢) انظر المذهب ج ١ ص ٣٤٧ — ٣٤٩ .

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٥٨٥ ، المذهب ج ١ ص ٢٤٧ .

(٤) سورة المائدة الآية الأولى .

(٥) سورة المائدة آية ٩٦ .

(٦) الاعراف — آية ١٥٧ .

(ب) ومنها ما سكنت عنه الشارع ، فلم يرد فيه نص بتحريمه ، ولم يستخبره العرب ... فإنه في هذه الحالة يرجع إلى الأصل وهو : — أن الأصل في الأشياء الإباحة .

وتلك مناسبة تقودنا إلى الكلام من قاعدة : الأصل في الأشياء الإباحة إلا ما ورد نص بتحريمه ... للتدليل على ما ذكرنا .

وإبيان ذلك نعود إلى سؤال : هل الأصل في الأشياء والأفعال هو الإباحة .. أو التحريم ؟

اختلف في هذه المسألة اختلف ... ونحن نلخصه فيما يلي : —
 ١- إن الأشياء - والأعيان ، والتصرفات ، والأفعال التي لم يرد بشأنها نص في الشريعة ... هل هي مباحة ؟ أو محرمة ؟ .

- ١ - قال بعض المعتزلة ، وبعض الحنابلة .. الأصل فيها الحظر ، والممنوع .
- ٢ - وقال آخرون : نتوقف في إصدار الحكم حتى يظهر دليل ، إذ لا ندري : هل هناك حكم أم لا ؟ ... وهذا الرأي لأبي الحسن من الحنابلة ، وآخرين .
- ٣ - وقال بعض الشافعية : الأصل في الأشياء النافعة هو الإباحة ، وفي الأشياء الضارة هو الحرمة .
- ٤ - والمختار عند جمهور الحنفية ، والشافعية ، وبعض الحنابلة هو : أن الأصل في الأشياء الإباحة ...

وقد دعم كل فريق رأيه بأدلة طال شرحها ، ولكنهما لا تخلو من الضعف (١) .
 إلا أننا نميل إلى الرأي القائل بأن الأصل في كل الأشياء والأفعال ... التي لم يرد نص بشأنها - هو الإباحة ، للأدلة الآتية : -

أولاً : - قوله تعالى : هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً ... ، (٢) .

(١) انظر : الاستقوى ج ٢ ص ١١٩ .

(٢) سورة البقرة آية ٢٩ .

ووجه الدلالة في هذه الآية .. أن الله تعالى أخبر بأن جميع المخلوقات الارضية هي للعباد ، لأن (ما) موضوعه (للمعوم) ... و (اللام) في (لكم) ، تفيد الاختصاص - على جهة الانتفاع - للمخاطبين ... أى أن ذلك مختص بكم ، فيلزم منه أن يكون الانتماع بجميع المخلوقات .

ثانياً : - قوله تعالى : و قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم لطعمه ، إلا أن يكون ميتة ، أو دماً مسفوحاً ، أو لحم خنزير .. (١) ، ووجه الدلالة في هذا النص الكريم هو : أن الله تعالى جعل الأصل هو (الإباحة) ... والتحریم مستثنى كما هو واضح من النص .

ثالثاً : - قوله تعالى : - وما خلقنا السماء والأرض ، وما بينهما لاعبيين .

ووجه الاستدلال هنا ... أن الله سبحانه - خلق الأشياء لحكمة ، وهي انتفاع المخلوقات بها .

رابعاً : - ماورد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : « ما أحل الله فهو حلال ، وما حرم فهو حرام ، وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله حافيته ، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً » ١١ (أخرجه البزار ، والطبرانی من حديث أبي الدرداء ، بسند حسن ، فدل هذا الحديث على أن المسكوت عنه مباح ، معفو عنه .

خامساً : - روى الطبرانی - أيضاً - من حديث أبي ثعلبة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها ، وحد حدوداً فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء - رحمة بكم - غير نسيان - فلا تتكفروا - رحمة بكم ؟ : فاقبلوها ، »

ويدل هذا الحديث دلالة واضحة على أن المسكوت عنه مباح معفو عنه .

(١) سورة الانعام آية ١٤٥ .

(٢) سورة الانبياء آية ١٦ .

سادساً : - ما رواه الترمذى ، وابن ماجه - من حديث سليمان : أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الجبن ، والسمن ، والفراء ، فقال : « الحلال ما أحله الله في كتابه ، والحرام ما حرمه الله في كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه » . .
والحديث مروي بعدة طرق .

فالرسول عليه الصلاة والسلام ينبه - هنا - إلى قاعدة يعرف بواسطتها الحلال ، والحرام ... وهى أنه يكفى مرفقة (ما حرم الله) فيكون كل ما عداه (حلالاً طيباً) .

ومن هذه الأدلة - وغيرها - نرى أن المسكوت عنه ، ولم يرد فيه نص ، ولم ترشدنا إليه آية ، أو حديث ... يكون مباحاً جلالاً ، لقوله تعالى : « وقد فصل لكم ما حرم عليكم ، ، وما كان وراء هذا التفصيل فالأصل فيه عدم التحريم » . .

وهذا فقط في (غير العبادات) أما العبادات فلها صفة دينية محضة ، والتشريع فيها لله وحده ... ومن هنا قرر الفقهاء تلك القاعدة الفقهية : (لا نشرع عبادة إلا بأمر الله ، ولا نحرّم عادة إلا بتحريم الله) .

هذا ... وقد تفرع على قاعدة : (الأصل في الأشياء الإباحة) فروع فقهية (١) ... منها : -

١ - الحيوان المشكل أمره ... فإنه يكون مباحاً لهذه القاعدة .

٢ - الثبات المجهول تسميته ... يكون حلالاً .

٣ - النهر ... إذا يعرف حاله : هل هو مباح ؟ أو مملوك لأحد . . هل يجري عليه الإباحة . . أو الحظر ؟

(١) انظر الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٦ ، ٦٧ .

— ٧٣ —

٤ — الزرافة (وهي الحيوان المعروف) . . يحل أكلها ؛ لأن الأصل الإباحة ، وليس لها ناب كاسر . . فلا تشمأها أدلة التحريم . .
ومن كل ما ذكرنا نكون قد علمت — أخى القارئ الكريم — مدى أهمية هذه القاعدة ، وارتباطها بالباب المذكور (١) ... والله أعلم . .

(٢) أنظر : نيل الاوطار ج ٨ ص ١٠٦ ، ١٠٨ — ارشاد الفحول للشوكاني ص ٢٥١ — نهاية السؤل للاسنوى ج ٣ ص ١٥٢ — أصول الفقه للمرحوم الشيخ الخضرى ص ٣٤٤ — نظرية الاباحة للعالم الدكتور محمد سلام مذكور ص ٤٤ ، ٦٢ .

المبحث الثالث

السكوت... وأثره على الإجماع

قبل الكلام على (السكوت) وأثره على الإجماع... ينبغي أن نتصور الإجماع — عن طريق تعريفه... وحقيقته... وأنواعه... وبعد ذلك نتكلم على (الإجماع السكوتي) .

١ — تعريف الإجماع... الإجماع في اللغة: العزم... يقال: أجمع فلان على كذا... إذا عزم عليه، ومنه قوله تعالى: «فأجمعوا أمركم»^(١)، أى اعزموا عليه... وقوله — عليه الصلاة والسلام — «لا صيام لمن لم يجمع الصيام من الليل، أى لم يعزم عليه» .

ومن معانيه — في اللغة — الاتفاق... ومنه قولهم: أجمع القوم على كذا، أى اتفقوا عليه .

والفرق بين المعنيين: أن الإجماع — بالمعنى الأول — متصور من واحد... وبالمعنى الثاني... لا يتصور إلا من اثنين فأكثر^(٢) .

٢ — أما تعريفه عند الأصوائين... فهم يختلفون فيه اختلافا كثيرا... تبعا لاختلافهم في كثير من مسائل الإجماع المتعلقة بأركانه، وشروطه وأحكامه... .

فن ذلك ما عرفه به صاحب كتاب فصول البدائع^(٣)، من أنه: (اتفاق.

(١) سورة يونس الآية ٧١ .

(٢) انظر: كشف الاسرار للبذوى ج ٣ ص ٧٣٧؟؟

(٣) انظر: فصول البدائع في أصول الشرائع للإمام محمد بن حمزة.

القفاري ص ١٧٥ .

المجتهدين من أمة محمد — صلى الله عليه وسلم — في عصر . . على حكم شرعى)
ويقرب من هذا التعريف تعريف السكال بن الهمام صاحب التحرير بأنه :
(اتفاق مجتهدى عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم — على أمر شرعى) (١) .

وبناء على ما تقدم لا يوجد (الإجماع) إلا إذا حصل الاتفاق من المجتهدين
فانفاق غير المجتهدين لا يكون إجماعاً ، لأنه لا يستند إلى دليل . . . وكذلك لا بد
أن يسكن المجتهدون المجمعون من أمة محمد صلى الله عليه وسلم . . وإلا فلا عبرة .
باجماع غيرهم ، من الأمم الأخرى . . . كذلك لا بد أن يكون الإجماع على حكم
شرعى ، مثل وجوب الزكاة . . وحل البيع . . . وحرمة أكل أموال الناس
بالباطل (٢) .

حجية الإجماع :

جمهور الأصوليين متفقون على أن الإجماع الصريح ، حجة قطعية ، وأنه
متحقق ، ومتقرر . . . وهو الدليل الثالث بعد الكتاب . . والسنة .

فشكل مسألة انفتت فيها آراء المجتهدين صراحة — على واحد ، في عصر
من العصور سواء أكان اتفاقهم بالقول . . أم بالفعل . . . مجتمعين ، أو متفرقين .
في أماكن مختلفة . . يكون هذا الحكم الواحد — المتفق عليه — قانوناً شرعياً
واجب الاتباع ، ولا يجوز مخالفته ، ولا يجوز للمجتهدين في عصر آخر أن
يجعلوا هذه المسألة — موضع اجتهاد ، أو محلاً للنزاع ، ولا يلتفت إلى ما خالفه .
من الأدلة الظنية .

(١) انظر : التحرير في أصول الفقه — للعلامة كمال الدين محمد بن عبد الواحد — الشهير بابن الهمام ج ٢ ص ٢٣٥ .
(٢) انظر : حاشية الشبخت بخيت على السننوى ج ٢ ص ٨٠٢ ،
والتلويح ج ٢ ص ٤١ .

وخالف في ذلك الحوارج .. والشيعه .. وبعض المعتزلة :

١ — أما الحوارج .. فإنهم يرون حجية لإجماع الصحابة — قبل الفتره ...
أما بعدها فلا حجية في إجماعهم ...

وفي غير عصر الصحابة لا يتحقق إجماع وغير إجماع طائفتهم ، فإن الإجماع
المعتبر كدليل شرعى ... هو إجماع المؤمنين ... وهم يزعمون أنهم هم المؤمنون
دون سواهم !!

ومن هذا يتضح أنهم يعترفون بالإجماع ... وبحجتيه — وإن قصره
على بعض صورته !!

٢ — وأما الشيعة ... فقد أنكروه ، إذ أن مذهبهم ، أنه من لابد من إمام
محضوم في كل عصر ... وقول الإمام — عندهم — هو الحجة ، فلو وافقه
غيره لم يكتسب — قول هذا الغير — بهذه الموافقة — الحجية .

وعلى هذا فلا يتحقق إجماع عندهم !!

٣ — وقد نسب إلى (النظام) من المعتزلة .. استحالة الإجماع — عادة —
لتفرق المجتهدين في بلاد متباعدة ... ولعدم معرفة أشخاصهم ، فضلا عن معرفة
آرائهم ... ومن ثم لا يكون الإجماع دليلا — عنده (١) .

(الدليل على حجية الاجماع)

لأسيل إلى حجية الإجماع إلا بالكتاب .. والسنة المتواترة ، إذ لا يمكن
لثبات الإجماع بالإجماع .

١ — أما الأدلة على حجية الاجماع من كتاب الله تعالى : — فقد جاء في
أكثر من آية ما يفيد وجود الرد إلى كتاب الله ، وسنة رسوله — صلى الله عليه
وسلم — في كل أمر يحصل فيه اختلاف بين المسلمين أو تنازع في حكمه .

(١) انظر شرح المنار في الاصول ، لابن ملك ص ٤٨ ، ٥٠ — وسنن
للوصول الى علم الاصول ص ٢٧ ، ٢٨ .

ومفهوم هذا : أن ما اتفقوا عليه يكون حقا ... يلزم اتباعه ، والعمل به .
بمقتضاه ...

(١) ومن هذه الآيات : قوله تعالى : **وإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله ، والرسول ، (١)** .

(ب) ومن أقوى الأدلة على حجية الإجماع : أن الله تعالى — كما أمر المؤمنين ، بطاعته ، وطاعة رسوله — أمرهم بطاعة أولى الأمر منهم ... وطاعة الله ورسوله . واجبة بنص الكتاب ، فتكون طاعة أولى الأمر واجبة كذلك .. وأولو الأمر هم أصحاب الشأن — سواء أكان شأنا دينيا أم شأنا دنيويا — وألو الأمر الديني هم العلماء المجتهدون ، وأهل الفتيا وأولو الأمر الديوي هم رؤساء الدول ، والرؤساء المباشرين في كل موقع ..

يقول الله عز وجل : **دولورده إلى الرسول ، وإلى أولى الأمر منهم . لعلمه الذين يستنبطونه منهم (٢)** .

فإذا أجمع أولو الأمر في التشريع — على حكم ، وجب اتباعه ، وتنفيذه . بنص القرآن ، حيث قال سبحانه : **يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله ، وأطيعوا الرسول ، وأولو الأمر منكم ، (٣)**

(ج) أن الله تعالى عبد المسلمين ، حيث جعلهم شهوداً على الأمم السابقة . . . وعدالتهم تقتضى لزوم عصمتهم من الخطأ — فيما يجمعون عليه — سواء في ذلك القول ، أو الفعل ، لأن الله تعالى — الذى يعلم خائنة الأعين ، وما تخفى الصدور — لا يثبت لهم العدالة مع علمه بارتكابهم المعاصي ١١ .

كما أن الله تعالى جعلهم أمة وسطا ، معتدلة بين الأمم — لا إفراط ولا تفريط .

(١) سورة النساء آية ٥٩ .

(٢) سورة النساء آية ٨٣ .

(٣) سورة النساء آية ٥٩ .

والذى من شأنه الاعتدال فى أموره يكون معصوما فى كل أمر يصدر عن اتفاق تام ، ويجمع عليه أولو هذا الأمر .

وفى هذا يقول جل جلاله : « وكذلك جعلناكم أمة وسطا ، لتكونوا شهداء على الناس » (١) .

٢ — وأما أدلة حجية الإجماع — من السنة . . فقد تظاهرت الروايات عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بألفاظ مختلفة — مع اتفاق المعنى . . كما اشتهر عن الصحابة — رضوان الله عليهم — أن لا يجمع على الخطأ . . . فيجب اتباع ما أجمعوا عليه (٢) .

(١) ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إن الله تعالى لا يجمع أمتى على ضلالة ، ويد الله مع الجماعة ، ومن شذ . . شذ إلى النار » .

(ب) وفى رواية : « إن الله لا يجمع أمر هذه الأمة على ضلالة ، وإن يد الله مع الجماعة ، فانبهوا السواد الأعظم ، فإن من شذ . . شذ فى النار » (١) .

(ج) وفى رواية ابن ماجه : « إن أمتى لا يجمع على ضلالة ، فإذا رأيتم الاختلاف فمليكم بالسواد الأعظم » .

(د) ورواه الحاكم بلفظ : « لا يجمع الله الأمة على ضلالة ، ويد الله مع الجماعة ، ولفظ : « إن الله لا يجمع جماعة محمد على ضلالة » (٢) .

(١) سورة البقرة آية ١٤٣ .

(٢) انظر : المستقصى للإمام الغزالى ج ١ ص ١٧٦ . وتيسير التحرير ج ٣ ص ٢٥٨ .

(٣) هذا الحديث روى بألفاظ متقاربة فى الدلالة : قتال صاحب التعزيز ، والتحبير : (قال شيخنا الحافظ ابن حجر : رجاله رجال الصحيح ، إلا أنه معلول : علته) انظر التقرير والتحبير ج ٣ ص ٨٥ .

(أنواع الإجماع)

الإجماع من جهة كيفية حصوله ثلاثة أنواع (١) :

- (١) الإجماع العمل . (٢) الإجماع القول الصريح ، (٣) الإجماع السكوتي .
- (١) أما الإجماع العلمى ... فهو أن يتعامل المجتهدون جميعاً - في عصر - (بالمسافة) مثلاً ... فإن عملهم هذا يدل على (جواز) الجمع عليه ، ولا يفيد (الوجوب) إلا بقريضة تدل على الوجوب .

يرشد إلى هذا ما روى عن أبي عبيدة السلماني أنه قال : (ما اجتمع أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كاجتماعهم على الأربع - قبل الظهر) ، فإنه ظاهر في هذا . . الإجماع . . على الدلالة على الوجوب ، لأن الأربع ركعات - قبل الظهر سنة ، باتفاق .

(٢) وأما الإجماع القولى الصريح ... فهو أن يتفق جميع مجتهدى العصر على حكم واقعة ... بإبداء كل منهم رأيه صراحة ، في مجلس واحد ... أو يبين أحدهم أحدهم حكمها أو يذكر غيره فيها - أو في مثلها - مثل هذا الحكم ، ويصدر ثالث فتوى ، أو قضاء ... ولولم يجمعهم مجلس واحد ، ولا يشذ عن ذلك واحد منهم . وذلك كاجتماعهم على (خلافة أبي بكر) رضى الله عنه ، فقد بايعه جميع الصحابة بأيديهم . وأقروا ذلك بالسنة .

(٣) وأما الإجماع السكوتي - ويسمى بالإجماع القولى غير الصريح - فهو : - أن يبدي بعض المجتهدين - في عصر - رأيه صراحة في مسألة - بفتوى أو قضاء - ويسكت الباقي من المجتهدين - عن إبداء رأيه بالموافقة . . أو المخالفة - بعد عليه بالحكم (٢)

(١) وهناك أنواع أخرى للإجماع باعتبار اختلاف العلماء فيه : مثل (اجتماع أهل المدينة - عند الملكية) (واجتماع الشيوخ - عند الخوارج) (واجتماع الصحابة - عند الظاهرية) .

(٢) انظر : الاسنوى ، وحاشية بخيت ج ٢ ص ٩٠٩ .

(حكم الإجماع)

١ — حكم النوع الأول : (وهو ما إذا انفقوا على دحل ، ولم يصدر منهم قول ،) ففيه اتجاهات أربعة : -

(أ) الاتجاه الأول : أن الإجماع حجة ، كقول النبي صلى الله عليه وسلم (١) . وهو ما قطع به أبو اسحاق الشيرازي ... وفي المنحول (٢) : أنه المختار . واستدلوا على ذلك بما يأتي : -

١ - بأن (العصمة) ثابتة لإجماعهم - كتبوها للنبي صلى الله عليه وسلم ... ولما كان فعله صلى الله عليه وسلم حجة ... فكذلك اتفاقهم ... وهو المطلوب .

٢ - بأن (الشرع) يؤخذ من فعل النبي صلى الله عليه وسلم ... كما يؤخذ من قوله ، فكذلك المجتهون ، لأن السكك معصوم ... وشهدت النصوص لهم بالعصمة

(١) (فعل) النبي صلى الله عليه وسلم ... أما جبلى ... أى بحكم الخلق والتكوين ... كالتيام . والقعود ، ونحوهما ... ولا خلاف بين العلماء فى أنه مباح ... وأما غير جبلى : فإن ظهرت أماره اختصاصه به — صلى الله عليه وسلم — فهو خاص به — بالاتفاق — كوجوب قيامه الليل ، وزواجه بأكثر من أربعة ... ونحوهما .

وأما أفعاله — صلى الله عليه وسلم — فيها عدا ذلك ... فاما أن تظهر فيه القرية ... كركعتين قبل الظهر ... والاكل باليمين ، ونحوهما ... فإن ظهرت قرينة تدل على صفته حمل عليها من وجوب أو غيره ... وإن لم تظهر فقد اختلف فيه : فقيل بالوجوب ... وقيل بغيره ... والراجع حمله على أولوية الفصل ، ورجحانه ... على الترك ... وهو القدر المشترك بين الوجوب والندب ... وبقي من أفعاله — صلى الله عليه وسلم — ما لم تظهر فيه القرية ... والراجع فيه . حمله على أنه يدل على (مطلق الاذن الرفاع للحظر ... فيكون فعله إما واجبا ... وإما مندوبا ... وإما مباحا ... ولا يجوز أن يكون مكروها ، ولا حراما بالأولى .

(اقتباس من كتابي : سلم الوصول لعلم الأصول ، للشيخ عبد العليم بن الشيخ محسن أبى حجاب — ص ٢٧ ، ٢٨ — وشرح المنار لابن ملك . ص ٤٨ وما بعدها) .

(٢) المتحول للغزالي ص ٢٣٥ .

كما أن الأدلة المثبتة (لعصمة الامة) لم تفرق ... فالتفرق تحكم لامبرر له (٢١).

(ب) الاتجاه الثاني . . أن الاتفاق في الفعل ليس حجة ، ولا إجماع ، — وهذا ما نقله إمام الحرمين عن القاضي وتعبه الزركشي : بأن الذي رأى — في التقريب - (هو) التصريح بحجية دلالة على الجواز ، فقال : (كل ما أجمعت عليه الامة يقع بوجهين : إما قول . . . وإما فعل . . . وكلاهما حجة) .

(ج) الاتجاه الثالث : فيما إذا انفقوا على عمل ، ولم تصدر منهم قول — هذا الاتجاه يرى — أن هذا العمل — يحمل على الاباحة . . . ما لم تقم قرينة على الذنب . . . أو الوجوب — وهو لإمام الحرمين . ٤٤

(د) الاتجاه الرابع : — أن كل فعل لم يخرج مخرج الحكم والبيان . . . لا ينعقد به إجماع . . . كما أن ما لم يخرج من أفعال الرسول صلى الله عليه وسلم — مخرج الشرع لا يثبت فيه الشرع . . . وأما الذي خرج مخرج الحكم والبيان ، فيصح أن ينعقد به الاجماع . . . وهذا الاتجاه لابن السمعاني . ٤٤

هذا . . . ويلاحظ في كل ذلك هل يشترط انقراض العصر ، أو عدم انقراضه ؟

١ — فن شرط انقراض العصر قال : لا يكون (الفعل) حجة — إلا بانقراضه . . .

٢ — ومن لم يشترطه . . . فافعل عنده حجة ، وإجماع . . . وهذا هو الراجح (٢٢)

ومن يدق النظر في هذه الانجاهات الأربعة . . . يجد أن (الاتجاه الرابع) تكرر للاتجاه الأول . . . كما أن (الاتجاه الثاني) — بعد تحقيقه الذي نقله الزركشي — يرجع إلى الاتجاه الثالث ، إذ لا يمكن للقاضي أن يقول : إنه يدل على الجواز ، مع قرينة الوجوب . . . أو الذنب . . .

(١) انظر : شرح المنار في الأصول ، لابن مالك ص ٤٨ . والاحكام في اصول الاحكام ج ٤ ص ٤٢٣ .

(٢) انظر التقرير والتحبير ج ٣ ص ١٠٦ .

(٦ — السكوت)

وغاية الامر أن يقال : إن الدال هنا — هو القرينة ... ولكن المال في الاتجاهين واحد .

إذا ... فالتحقيق أن في المسألة اتجاهين :

الاول : أن (الاتفاق على الفعل) كزوجة هذا الفعل تماما في الدلالة على الحكم .

الثاني : أن (الاتفاق) يدل على الإباحة ، ولا يدل على غيرها إلا بقرينة ،

٢ — وأما النوع الثالث : (وهو الإجماع السكوتي) بأن يبدى بعض المجتهدين — في عصر — رأيه صراحة — في المسألة : يفتوى ، أو قضاء ... ويسكت الباقيون عن إبداء آرائهم : بالموافقة ، أو بالمخالفة — بعد علمه بالحكم ... وبمضى مدة تكفي للبحث ، والنظر — عادة — في مسألة اجتهادية تكليفية — ويكون السكوت مجرداً عن علامة الرضا ، أو عدم الرضا ... وبألا توجد شبهة في أنه سكوت خوفاً ، أو ملقا ، أو استهزاء (١) .

ولكن — بعد وقوع الإجماع السكوتي ، وأوفر شروطه تلك — فهل يعتبر حجة ... أولا ؟ وهل دلالاته على الأحكام قطعية ... أو ظنية ؟

اختلف العلماء في تحقيق تلك المسألة اختلافاً كبيراً — على النحو التالي : —

١ — المذهب الاول : أنه يعتبر إجماعاً ... وحجة . قال بذلك أكثر الجنفية ، وأحمد ، وبعض الشافعية كأبي اسحاق الاسفراييني .

وروى نحوه عن الشافعي ... قال الرافعي — تبعاً للقاضي حسين ، والمتولي :

(إن الإجماع السكوتي ليس خاصاً بزمان دون زمن ، وهذا هو مذهب الجمهور) (٢) ؟

(١) انظر : الاسنوى ، وحاشية الشيخ بخيت ج ٢ ص ٩٠٩ ، والابهاج على المنهاج ج ٢ ص ٢٥٤ ، وتيسير التحرير ج ٣ ص ٢٤٦ ،

واستدلوا على ذلك بما يأتي :

(١) أنه لو شرط — لانعقاد الإجماع — التخصيص من كل واحد منهم...
لأدى ذلك إلى أن انعقاد الإجماع أبدا ، لتعذر اجتماع أهل العصر على قول
يسمع منهم ... والمتعذر معفو عنه بالنص : « وما جعل عليكم في الدين
من حرج » (١).

بل إن المعتاد في كل عصر أن يتولى الكبار الفتوى ، ويسلم الباقيون لهم ...
فكان التخصيص من كل غير مشروط ... ولهذا قال السرخسي ما معناه (٢) :
(من ادعى أن الإجماع لا يكون إلا فيما اتفق عليه الناس جميعا — كما اتفقوا على
موضع السكبة ، والصفا والمروة — قلنا له : بأى طريق عرفت إجماع المسلمين
على هذا ؟ ... فإن قال : بالسمع من كل واحد ... كان كاذبا بيقين ... وإن
قال : بتخصيص البعض ، وسكوت الباقيين عن إظهار الخلاف ... قلنا له : كما ثبت
ذلك بطريق إجماعهم ، فكذلك يثبت به في الأحكام الشرعية) .

ولفائل أن يقول : إن التخصيص من كل ... لا يؤدي إلى عدم انعقاد
الإجماع ... ولا يتعذر معه السماع ، إذ قد ثبت الإجماع تنصيصا في كثير من
الأحكام المعلومة بالضرورة .

وغاية ما يقال : إن اشتراط التخصيص إنما يترتب عليه ندرة الإجماع ...
لما تعذر ... ومن المعلوم أن الأحكام التي ثبتت بالإجماع القولي لا تنحصر
كثرة ... فلم يكن ذلك إلا لأنهم اعتبروا السكوت كالتنصيص .

(ب) واستدلوا على ذلك — ثانيا — بأنه قد وقع الإجماع على أن السكوت
معتبر في المسائل الاعتقادية (أى يعتبر رضا ... فلا يحل السكوت فيها على
باطل) فيقاس عليها المسائل الاجتهادية ، لأن (الحق) في الموضوعين ... واحد ،

(١) سورة الحج آية ٧٨ ، ١٠

(٢) انظر أصول السرخسي ج ١ ص ٣٣ ، ١٠

فلذا لا يحل السكوت ... وترك الرد - هنا - إذا كان الحكم عنده - بخلافه ،
لأن الساكت عن الحق شيطان أخرس - كما جاء في الحديث الشريف .

وهذا لأن الحكم لو كان عنده بخلافه ، . . . اسكان سكونه تركا للأمر بالمعروف ،
والنهي عن المنكر . . . وقد شهد الله تعالى - لهذه الأمة - بأنها تأمر بالمعروف ،
وتنهي عن المنكر . . . إذ لو تصور منهم ترك الأمر بالمعروف لآدى ذلك إلى
الخلف في كلام الله تعالى . . . وهو محال . فوجب أن يحمل سكوتهم على ما يحل . . .
وعلى ما تدل عليه عدالتهم .

وما يحل - هنا - هو السكوت عن (الوفاق) لا (عن الخلاف) . إذا مضت
مدة تقضى الحاجة فيها إلى التفكير .

(ج) واستدلوا - ثالثا - بأنه قد ثبت من الأدلة عدم اختصاص الإجماع
بنوع دون نوع ، لأن الأدلة مطلقة . . . والتقييد لا دليل عليه .

فإن قيل : ربما يكون السكوت عن خوف ، أو تفكر . فلا يدل - حينئذ -
على الرضا ، فإن ابن عباس خالف عمر في مسألة (العول) - في الميراث - فقيل له :
هلا أظهرت حجتك على عمر ؟ فقال : كان مهيأ فهبته . . . وأيضاً . . . قد
شاور عمر الصحابة - رضى الله عنه وعنه - في مال فضل عنده - للمسلمين - فأشاروا
عليه بالإسك ، وإلى وقت الحاجة ، وكان سيدنا على ساكتا . . . فقال له سيدنا عمر :
ما تقول يا أبا الحسن ؟ فأمر بالقسمة ، وروى فيها حديثاً عن النبي صلى الله عليه
وسلم - فلم يجعل عمر سكوت سيدنا على تسليماً . . . وكذلك أجاز على رضى الله
عنه - السكوت . . . مع أن الحكم عنده بخلاف ما أفتوا . . . وأيضاً قد روى
أن عمر أشخص إلى امرأة - كان زوجها غائبا عنها - حينما بلغه عنها أنها تبايع
الرجال ، وتحدثهم - فلما أشخص إليها ، لينعها من ذلك أملت (أى تخلصت
من جنين في بطنها) من هيئته - فشاور الصحابة ، فأشاروا بأن لا غرم عليه ،
وقالوا : - إنما أنت مؤدب . وما أردت إلا الخير . . . وعلى ساكت - فلما سأله ،
قال على : أرى عليك الفرة . . . فقد أجاز على - رضى الله عنه - السكوت .

جمع إظهار الخلاف . كذلك يجعل عمم سكوته دليلا على الموافقة ، حتى
الاستنطاقه ...

إن قيل ذلك . . أجيب عنه بما يأتي (١) :-

(أ) أما الأثر المروي عن ابن عباس . . فكذب ، حيث أن الواقع
يدل على خلافه . . ذلك أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه - كان يقدم ابن عباس
على كثير من الصحابة . ويسأله ، ويمدحه ، ويأذن له مع أهل بدر . حتى قال
عبد الرحمن بن عوف . أناذن لهذا الفتى معنا - وفي أبنائنا من هو مثله ١٤ فقال
عمر : إنه من قد علمتم ١١

وأذن لهم ذات يوم ، وأذن لابن عباس معهم - وأراد بذلك إظهار فضل
نا بن عباس . . فسألهم عن قول الله تعالى : « إذا جاء نصر الله والفتح . . . »
- إلى آخر السورة - فقال بعضهم - يفسرها - : أمر الله نبيه - إذا فتح عليه بأن
يستغفره ، ويتوب إليه . . فقال - سيدنا عمر - ما تقول يا ابن عباس ؟ فقال :-
ليس كذلك ، ولكن نعت إليه نفسه ١١ فقال عمر - رضى الله عنه - ما أعلم فيها
إلا مثل ما تعلم ١١ ثم قال - للصحابة - كيف تلومونى عليه بعد ما ترون ١٤ .

ومن هذا نقول : إن ابن عباس لا يهاب عمر ، الذى يقدمه ، ويعرف فضله .
ويسأله ، ويصوب رأيه . . فلا يقال بعد ذلك : إنه ترك إظهار رأيه
نهاية لعمر ١١ .

أضف إلى هذا أن سيدنا عمر - رضى الله عنه - كان ألين لاستماع الحق ،
سواء أكان من ابن عباس ، أم من غيره ، ولذا رجع - عندما أراد أن يمنع
التغالى في المهور - إلى قول المرأة التى حاجته بالآية : « وإن أردتم استبدال

(١) انظر : شرح التوضيح على التنقيح ج ٢ ص ٣٢٩ .

زوج مكان زوج ، وآتينهم إحداهن قنطاراً ، فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخذوته-
بهتاناً وإثماً مبيناً ١٩ ، (١)

وقال كلمته المعروفة : (كلكم أفتقه من عمر حتى المحجلات) ... وهو القائل :
(رحم الله امرأ أهدى إلى عيوني) . . . والقائل : (لا خير فيكم إن لم تقولوها .
— أى كلمة الحق — ولا خير في إن لم أسمع ١٩)

ولو - لمنا بصحة ما نقل عن سكوت ابن عباس تهيباً لعمر - فمن الجائز
أن ابن عباس لم يظهر رأيه ، لأنه علم أن عمر أفتقه منه ، وأن المسألة اجتهادية . .
فلسل مذهب . فلا يظهر رأيه في مقابلة رأى عمر ، أو أنه كان في (مدة التروى) .
ولم يظهر له وجه الحقيقة بعد .

(٢) وأما الأثر الثاني - وهو ما ورد في القسمة - فزيماً سكنت سيدنا على ،
لأنه يرى أن الذين أفتوا (بامسك المال) إلى وقت الحاجة . . كانوا على صواب . .
لأن الإمام أن يؤخر القسمة فيما بفضل عنده من المال ، ليكون معداً لنائية
تنوب المسلمين . . . ولكن القسمة - في رأى سيدنا على - كانت أحسن ،
لأنها أقرب إلى إبراء الذمة . . بالتعجيل بأداء الأمانة ، وفي مثل هذه المواضع
لا يجب إظهار الخلاف ، لأن الحكم غير خطأ . . . إذ لو كان خطأ لاثم على سكوته
حيثئذ . . . فلماذا سكنت سيدنا على في البداية . . وسين مثل بين الأحسن .

(٣) وأما الأثر الثالث - وهو قولهم : في الإملاص لا غرم عليك -
فقد كان ذلك صواباً وحسناً ، لأنه لم يوجد من عمر ما يوجب عليه الغرة ، إذ لا
جناية منه . . . ولكن إلزام عمر بالغرة كان أحسن صيانة له عن القيل والقال . . .
ورعاية لحسن الثناء ، وإظهاراً للعدل . . . وسدأ لباب الادعاء فيما يستقبل ،
فلماذا سكنت سيدنا على أولاً عن قول من أفتوا بعدم الغرة . . . ولما استنطقه

عمر بين أولى الوجهين عنده ... على أن السكوت . جائز ، تدليلاً للجواب ، لأن المجلس مازال منعقداً للمشورة .. إلى غير ذلك مما يمكن أن يجاب به ...

فإن قيل : ربما سكوت الخفاء عليه ، أو اعتقد أن كل مجتهد مصيب في رأيه .
فلا يـ السكوت حراماً ١٤

قلنا : أن الفتوى - إذا ظهرت ، واشتهرت بين العامة - لا يجوز أن تخفى على أقرانه ... وقد شرط في الإجماع السكوت أن تشتهر المسألة ، بحيث لا تخفى على أحد ..

وقد بين في باب القياس : أن المجتهد يخطئ ويصيب ... وأن الحق - في موضع الخلاف - واحد ، فسكوتهم - بعد علمهم بالفتوى - لا يجوز إذا كان الحكم عندهم خلاف ما بلغهم .

ولهذا نقول إنه تبين أن السكوت من الباقيين يعتبر لإقراراً بالحكم ... وهذا ما نرضاه ... ويدل عليه ما تقدم نقله عن السرخسي حيث قال : (١) (قد قال من لا يعبأ بقوله - (إن) الإجماع الموجب للعلم - قطعاً - لا يكون إلا في مثل ما اتفق عليه الناس - من موضع الكعبة ، وموضع الهفا ، والمروة .. وما أشبه ذلك ... وهذا ضعيف جداً ...

فإنه يقال لهذا القائل : — بأي طريق عرفت (إجماع المسلمين على هذا ؟ بطريق سماعك نصاً من كل واحد من آحادهم ؟ فإن قال : نعم .. فقد ظهر للناس كذبه ١١ وإن قال : لا .. لسكن بتنصيب البعض ، وسكوت الباقيين عن إظهار الخلاف .. فنقول (له) : كما ثبت بهذا الطريق الإجماع منهم على هذه الأشياء ، التي لا يشك فيها أحد ... فكذلك يثبت الإجماع منهم بهذا الطريق في الأحكام الشرعية ... والله أعلم .

(١) انظر : أصول السرخسي ج ١ ص ٣٠٦ ، ٣١٠ والأحكام للامدني

٢ — المذهب الثاني ... أنه ليس بإجماع ، ولا حجة ... وهو لداود الظاهري وابن حزم ، واختاره القاضي الباقلاني ، وغراه للشافعي () .

(١) وقال : انه آخر أقوال الشافعي ، وقال الغزالي ، والرازي : والآمدی : انه نص (مذهب) الشافعي في الجديد ، وقال الجويني : انه ظاهر مذهبه ، وجاء في التحرير : وبه قال ابن أبان ، والباقلاني ، وادودا وبعض المعتزلة .. قال الباجي : وهو قول أكثر المالكية ، وأكثر الشافعية ... وقال القاضي عبد الوهاب : هو الذي يقتضيه مذهب أصحابنا .. وقال ابن برهان : واليه ذهب كافة العلماء — منهم الكرخي : ونصره ابن السمعاني ، وأبو زيد الدبوسي ... وقال الرافعي : — انه المشهور عن الأصحاب .. وقال النووي : انه الصواب من مذهب الشافعي وهو موجود في كتب أصحابنا العراقيين في الأصول ، ومقدمات كتبهم المبسوطة في الفروع . اهـ .

وهذا القول صرح به الشافعي في (الرسالة) أيضا — لكن ضرح في موضع من (الام) . بخلافه ، فيحتمل أن يكون في المسألة قولان كما ذكر ابن الحاجب وغيره — أو أن ينزل القولان على حالين : فالنفي على ما اذا صدر من حاكم ... والاثبات على ما اذا ثبت من غيره — مثلا .

وقال أبو اسحاق في (الملح) : انه اجماع على المذهب ... وجمع السبكي بين القولين بأن الاجماع المنفي .. هو القطعي — والمثبت .. هو الظني ، وان متقدمي الأصوليين لا يطلقون لفظ (الاجماع) الا على القطعي . اهـ . واخذ هذا من قول غير واحد كالرويانى .. وأبى حامدا الاسفرايينى .

مناقشة هذه الأقوال : — ان ما نقله الباجي من قوله : (وهو قول أكثر المالكية) .. وما قاله القاضي عبد الوهاب : (من انه — هو الذي يقتضيه مذهب أصحابنا) ... يدل على أن للمالكية قولين ، اذ كل من الباجي ، والقاضي عبد الوهاب .. ثقة .

وتدريأنا أن للشافعي — فيه — قولين .. فيكون قول ابن برهان : (واليه ذهب كافة العلماء) غير دقيق ، لاننا نقلنا عن العلماء أن منهم من :
يـ

وقد استدلووا على أنه ليس باجماع .. ولا حجة .. بما يأتي :

(١) بحديث (ذو اليمين) (١) ، وفيه أنه لما قال — النبي — صلى الله عليه وسلم — : أقصرت الصلاة ، أم نسيت يا رسول الله ؟ .. تظن رسول الله صلى الله عليه وسلم — إلى أبي بكر ، وعمر — رضى الله عنهما — وقال : دأحق ما به وله ذو اليمين ، (٢) .

==

قال بخلاف ما قتاله ابن برهان .. بل ان ابن السمعاني ، وأبا زيد الدبوسي — وهما من معاصري ابن برهان — قتالا : بأنه المشهور عند الاصحاب .. ومثال النووي : انه الصواب .
وخلاصة هذه النقول : —

(١) أن من العلماء من يرى أن (السكوت) ليس باجماع ، ولا حجة ، من غير أن تختلف النقول عنهم .. وهؤلاء هم : الظاهرية .. والمرضى .. وابن أبان .

(٢) ومنهم من اختلف النقل عنهم ... فمرة ينقل عنهم أنه (اجماع) ، وحجة) ... ومرة ينقل عنهم أنه (ليس باجماع ، ولا حجة) .. وهؤلاء هم الحنفية ، والمالكية والشافعية ... غير أن الناقلين عن هؤلاء — قالوا باحتمال أن يكون لكل قولان ... أو أن يجمع بين هذين القولين : بتنزيل كل على حال ... وأحسن جمع في ذلك ما قتاله ابن السبكي .. من حمل (النفي) في كلام الشافعي على (القطعي) ، وحمل (الإثبات) على الظنى ..

وأقول .. ان مثل هذا الجمع يتأتى في كل من نقل عنه قولان كالحنفية .. والمالكية ..

(١) انظر أصول السرخسي ج ١ ص ٣٠٧ .

(٢) رواه أبو هريرة .. ولفظ الحديث هو : (عن أبي هريرة رضى الله عنه قال : صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العصر ، فسلم من ركعتين ، فقام إلى خشبة معروضة في المسجد ، فأتى عليها — كأنه غضبان — ووضع يده اليمنى على اليسرى ، وشبك بين أصابعه ، ووضع خده اليمين على ظهر كفه اليسرى — وفي القوم أبو بكر ، وعمر — رضى الله عنهما — فهاباه أن يكلماه ، وفي القوم رجل — وفي يده طول — يقال له : ذو اليمين — قال يا رسول الله : أقصرت الصلاة ، أم نسيت ؟ فقال : كل ذلك لهم يكن . فقال : قد كان بعض ذلك ، .. فأقبل على الناس ،

==

ووجه الدلالة في هذا الحديث : أنه لو كان السكوت دليل الموافقة .. لاكتفى به رسول الله — صلى الله عليه وسلم — ولما استنطقهم في الصلاة ، من غير حاجة . فدل ذلك على أن السكوت ليس (رضا) .. فلا يكون إجماعاً ، ولا حجة .

ويجاء عن الاستدلال بالحديث لا يدرون .. بأن سكوتهم كان اكتفاء منهم بكلام ذي اليمين ، لأنهم كانوا مثله في أنهم لا يدون أيهما وقع (التقصر أو التسيان) فلما نفى ذلك بقوله : كل ذلك لم يكن . وطلب منهم الجواب . كان لهم الكلام .

(ب) بما قاله الصنعاني^(١) — وادعى أنه لم يسبق إليه في إبطال الإجماع السكوتي — وهو قوله : (إن السكوت من العلماء — على أمر وقع : من فعل محظور ، أو ترك واجب — لا يدل على جواز ما وقع ... ولا على جواز ما ترك إذ لا يدل سكوتهم على أنه ليس بمنكر ، لأن مراتب الإنكار ثلاث . هي : اليد واللسان ، والقلب .. ولا يقال للسكوت إنه (قد أجمع) إلا إذا علم رضاه بالواقع .. ولا يعلم ذلك إلا علام الغيوب) .

١ — ونزد على هذا بأن دعوى الصنعاني : أنه لم يسبق إليها — دعوى عريضة ، ولا يسلم لها ، إذ قد سبقه ابن حزم ، وغيره من القائلين (بعدم حجية الإجماع السكوتي) .. ومن المعلوم أن الصنعاني ولد في عام ١٠٥٩ هـ ، وتوفي عام ١١٨٢ هـ ... أما ابن حزم فقد ولد سنة ٣٨٤ هـ — وتوفي سنة ٤٥٦ هـ .. وقد نقل عن ابن حزم أنه قال : — (بطل قول من قال : إن ما صح عن طائفة من الصحابة — رضوان الله عليهم أجمعين — ولم يعرف من غيرهم وإنكار لذلك

فقال : أصدق ذو اليمين ؟ قالوا : نعم .. فتقدم ، فصلنى ما ترك ، ثم سلم ، ثم كبر وسجد سجوده — أو أطول ثم رفع رأسه ، وكبر .. ثم كبر وسجد مثل سجوده — أول أطول — ثم رفع رأسه وكبر .. وقال عمران بن حصين : ثم سلم) انظر : مصباح السنة للبيهقي ج ١ ص ٧٠ .

(١) انظر : سبل السلام للصنعاني ج ٤ ص ٦٥ .

فانه منهم إجماع ، لأن ذلك قول بعض المؤمنين ^(١) .

٢ — كما نرد على قوله : (إن مراتب الإنكار ثلاث ، وأن الإنكار بالقلب لا يملأه إلا علم الغيوب) . . نرد بأنه : إنما يسلم ذلك ما لم تقم قرينة على الموافقة . . وقد سبق في شروط الإجماع السكوني ما يكفي أن يكون قرينة .

هذا — فضلاً — عما علم يقيناً أن الصحابة ، والسلف الصالح لا يكتفون بإنكار (المنكر بالقلب) ، لأنه مشروط بعدم استطاعته (الإنكار باليد أو باللسان) . فكانوا لا يكتفون بإنكار القلب ، بل لابد من أن يعلنوه ، كإنكار المرأة على سيدنا عمر في نهيه عن المغالاة في المهور .

وبهذا بطلت دعواه المزعومة . .

٣ — المذهب الثالث : — أن السكوت حجة . . . وليس بإجماع . . قاله أبو هاشم — وهو أحد الرجحين عند الشافعي — وبه قال الصيرفي ، واختاره الآمدي . . . واستدلوا على ذلك بما يأتي : —

(١) أن سكوتهم — مع الاحتمالات الممكنة — ينفي كونه (إجماعاً) . . غير أنه لما كان يدل — ظاهراً — على الموافقة . . . كان (حجة) وبجب العمل به — كخبر الواحد ، و لقياس .

وقد احتج الفقهاء بالقول المنقشر في الصحابة — إذا لم يظهر له مخالف — فدل على أنهم اعتقدوه (حجة ظنية) .

مناقشة هذا الدليل : — يمكن رد هذا . . بأن (الاحتمالات) لا تعتبر إلا

(١) انظر : الاحكام في أصول الاحكام : لابن حزم ج ٤ ص ٥٣١

— ٩٢ —

:إذا قام عليها دليل .. وقد تقدم أن من القرائن ما ينفي هذه الاحتمالات فيكون
(حجة .. وإجماعاً) ، اذ الأصل انتفاؤها ، لا سيما مع قرينة عدوها .. فيكون
إجماعاً ، وحجة ظنية .

غاية الأمر أن المتقدمين قد لا يسمونه (إجماعاً) ، لأن الإجماع — عندهم
لا يطلق إلا على (القطعي) ، فيكون الخلاف في التسمية .

٤ — المذهب الرابع : — للتفريق بين (الفتوى) و (الحكم) .. فإن كان
للسكوت أثر حكم حاكم ، أو قاض .. فهو إجماع .

وهذا هو رأى أبى إسحق المروزي ، وحكاه ابن القطان عن الصيرفي ،
واستدلوا على ذلك بما يأتي :

أن الغالب — في كل ما يصدر عن الحاكم — لا يكون إلا عن مشورة ... وأن
الصادر بالفتوى يكون عن اجتهاد المرء منفرداً .. ولا شك أن المشورة توجب
أن يكون الحق مع المجمعين على الحكم .. فاذا تقوى الحكم بالقضاء كان إجماعاً
وحجة ، صيانة للقضاء ، وحفظاً له من أن يتطرق إليه الضياع ، فتدب الفوضى .

مناقشة هذا الدليل : يناقش بأن حكم القاضي قد يكون عن اجتهاده منفرداً
مقلاً تكون له ميزة المشورة .. كما أن الحاكم إذا حكم ، واعتبرنا (صيانة كلامه) ..
كان من الواجب ألا ينتقض .. لكن من المنفق عليه أن حكم القاضي ينتقض إذا
خالف نصاً ، أو إجماعاً .

ولما كون حكم الحاكم — في حادثة — رافعا للخلاف فيها .. فمقلاً يكون
معرضة للنقض والتلاعب بالاحكام .. فأى ميزة له هنا ؟

على أن حكم القاضي قد تكون المراقبة عاياه تقية ، وخوف فتنة ، ومعهما
لا ينعقد الإجماع !! .

— ٩٣ —

٥ - المذهب الخامس . — عكس المذهب الرابع — وهو أن السكوت (إجماع) — إن كان فتوى .. وأما إن كان عن حكم حاكم .. فلا .. وهو مذهب ابن أبي هريرة ومن وافقه .

واستدلوا على ذلك بالآتي :

أن (المفتي) لاسلطان له ، فإذا أفتى بحكم ، فسكت الجميع — بعد انتشار الحكم بينهم — دل ذلك على أنهم ارتضوه . فيكون إجماعا .

أما مع (الحكم) فإن السكوت من الباقيين لا يدل على الرضا منهم ، لأن حكم الحاكم نافذ ويسقط حق الاعتراض .

ويجاب عن هذا الاستدلال .. بأننا — بعد ما اشترطنا الشروط المتقدمة فيه — لم يكن هناك فرق بين الفتوى .. والحكم .

٦ — المذهب السادس : أنه إن وقع في شيء يفوت استدراكه — من إراقة دم ، أو استباحة فرج — كان إجماعا .. وإلا حجة ..

وخص هذا التفصيل الماوردي — كما في الحاوي .. والرويانى — كما في البحر — بعصر الصحابة دون غيرهم .. فإذا قال الواحد منهم — أى من الصحابة — قولا أو حكم به ، فأمسك الباقيون ، أى سكتوا ولم يبدوا رأيهم . فهذان ضربان :

(أ) إن كان السكوت على ما يفوت استدراكه — كإراقة دم ، واستباحة فرج — كان (إجماعا) . لأنهم لو اعتقدوا خلافه لأنكروه ، لأن الصحابة — أشدّتهم في الدين — لا يسكتون عما لا يرضون به .. بخلاف غيرهم ، فقد يسكتون ..

(ب) وإن كان السكوت على ما لا يفوت استدراكه .. كان حجة .. ونرى (كونه) إجماعا — يمنع الاجتهاد — وجهان لأصحاب الشافعى .. وألحق الماوردي التابعين بالصحابة .. وذكر النووي أنه هو الصحيح .. وألحق بهنهم بالصحابة — التابعين ، وتابع التابعين ، لما ورد أنهم خير أقرون .

مناقشة هذا الاستدلال .. والرد على هذا التفصيل :

يمكن رد هذا التفصيل — بين الصحابة وغيرهم — بأنه يوجد في كل عصر من جملهم الله حمة لدينه ... يردون عنه زيف الزائفين ، وتحريف المبطلين .. على أن الأدلة المثبتة لحجية الإجماع .. مطلقة فتقيدها بعصر دون عصر تخصيص بلا تخصيص .. وهو باطل ... وعلى أن ما خالف الحق — في اعتقاد الساكت — يعتبر منكراً ، فلا تبرأ ذمته — أى ذمة الساكت — إلا بإنكار المنكر ، ولا يجوز له السكوت عليه .. سواء أكان فيما يفوت استدراكه .. أم لا .. ولا سيما أن من شرط الاجتهاد (العدالة) .. والعدول لا يسكتون على منكر (١) .

وقد استدل أصحاب هذا المذهب .. بأن ما يفوت استدراكه تجب المحافظة عليه فإذا قال بعضهم ، وسكت الباقيون .. دل على أنهم أجمعوا .. فيكون حجة ، لأن حفظ الدماء ، والفروج مما يجب على كل المسلمين ، فلا يمكن التهاون فيه ، لأنه بما نعم به البلوى !! أما غير الدماء والفروج فيكون السكوت عليه حجة .. وليس بإجماع .

مناقشة هذا الرأي .. يناقش بأن ما تقدم من اشتراط المدة الكافية للتأمل .. وأنها تختلف باختلاف الحوادث .. يلغى هذا الفرق بين هذا وغيره من الأحكام لتساوى الجميع في العصمة — عند الاتفاق .

٧ — المذهب السابع .. أن السكوت حجة فيما نعم به البلوى .. بخلاف ما لا نعم به البلوى .. فلا يكون السكوت حجة فيه .

واستدلوا لذلك .. بأن ما نعم به البلوى — إذا تكلم له البعض ، وسكت الباقيون .. دل على اتفاقهم — فيكون حجة .

مناقشة هذا الرأي .. يناقش بأنه يمكن أن يرد هذا بأننا قد اشترطنا (شهرة

(١) انظر : جمع الجوامع للبناني ج ٢ ص ١٩٨ .

القول بالحكم) حتى يعلم به الباؤون .. فلا يكرن السكوت حجة إلا بذلك ...
فتقييده بما نعم به البالوى .. تقييد للأدلة المطلقة بلا دليل .. وهذا باطل ١١

وخلاصة ما بسطناه .. أن الإجماع الشكوى هو (إجماع .. وحجة) إذا
تحققت شروطه السابقة .. وهذا اختيار الإمام الغزالي في المستصفى .. ووصفه
بعض المتأخرين بأنه أحق الأقوال (١١٢) اعتباره حجة شرعية في إثبات الأحكام .

-
- (١) انظر الاجماع السكوتى فى المراجع الآتية : —
- تنقيح الفصول ، فى اختصار المحصول .. فى الاصول للعراقي ص ٢٣٠ .
 - تيسير التحرير ... ج ٣ ص ٢٤٦ .
 - الاحكام ... للأمدى ج ١ ص ١٢٨ — ١٣٠ .
 - ارشاد الفحول ... للشوكانى ص ٧٤ .
 - بحث فى الاجماع للدكتور / محمد محمود كمال فرغلى ص ٣٥٥ .
 - بحث فى الاجماع / للأستاذ على عبد الرازق ص ٧٣ .

المبحث الرابع

(السكوت والعرف)

مقدمة تشمل تعريف العرف . . وشروطه . .

١ - العرف هو : ما يغلب على الناس من قول ، أو فعل ، أو ترك .

شرح مفردات التعريف : (ما يغلب) أى ما ي شيوع ، ويتكرر في معظم الأحوال . و (القول) أى الألفاظ المفردة . . أو الجمل المركبة . . بأن يكون استعمال كل منها في معنى جديد — يختلف عن تمام معناه اللغوي الأصلي : كإطلاق لفظ « الولد » — مثلاً — على الذكر ، دون الأنثى — عرفاً . . مع أنه في اللغة الفصحى شامل (للذكر والأنثى) . . وكاستعمال جملة للدلالة على معنى عرفي خاص كقولهم : « والله لا أضع قدمي في بيت فلان » يقصدون بذلك عدم دخول الدار . . لا مجرد وضع القدم — كما هو المنطوق للخرى . . فيراعى العرف القولي — وإن لم يوافق اللغة العربية للفصحى .

وأما (الفعل) . . فمثل تعارف الناس على أن « وضع اليد » مدة طويلة على عقار — دون سند شرعي ، أو ولاية — يعتبر دليلاً على الملك . . وهذه هي مسألة الحيازة . .

وأما (الترك) فمثل عرف الناس في تسامحهم فيما يقع خارج البستان — من النار ، أو الأغصان التي تتدلى خارج حدودها ، حيث يجوز التقاطها دون إذن مالكيها . . ولا يعتبر ذلك اعتداء على حرمة الاموال .

وقد وضع الفقهاء شروطا للعرف الصحيح الذي تترتب عليه أحكام شرعية .. منها :

١ . أولا : ألا يصادم العرف نصا شرعيا خاصا في موضوعه ، أو نظاما شرعيا عاما .

ثانيا : أن يكون العرف ساريا ، وقائما ، وقت تنفيذ النص التشريعي العام أو إعداده ، لأن التخصيص بما هو بيان لإرادة الخصوص من النص العام لا بد أن يكون دليل التخصيص فيه وهو العرف هنا — مقترنا بالمبين من حيث الزمن .

ثالثا : أن يكون العرف مطردا . . أو غالبا : بمعنى أن يستمر الاحتكام إلى العرف في كل حادثة يتناولها موضوعا على نحو مطرد ، لا يتخلف ، أو غالب في معظم الحوادث ، لأن ذلك هو أمانة فاعلية العرف المنبئ عن الحاجة الماسة إليه — في حل مشكلات الناس ، وتحقيق مصالحهم . . الأمر الذي يستدعي مراعاته من المجتهد ، لأن ذلك ما هو إلا مراعاة لمصالح الناس ، التي لها المقام الأول في التشريع .

رابعا ألا يتفق المتعاقدان — أو أحدهما — على إهماله ، وبأخذ خلافه ، لأن العرف يعتبر قاعدة مكملة ، ومفسرة ، ومبينة لما سكت عنه المتعاقدان . . أو أحدهما . ، لأن سكوتهما يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العرف القائم . . وفرضا إليه مهمة التبيين ، والتفصيل ، والحكم . . حتى إذا كان حكم العرف لا يحقق في نظرهما — أو في نظر أحدهما — ما يتوخى من مصلحة . . نصر في العقد على ما يخالف مقتضى العرف القائم .

والأصل الذي يركى هذا . . أن العقود والشروط . . بل ونظام المعاملات بشكل عام — إنما شرعت كوسيلة لتحقيق مصالح المتعاقدين .
فالنص في العقد على خلاف ما يقتضيه العرف القائم ، تصريح بإبطال حكمه وإلغاء لمقتضاه — بالنسبة لتحديد التزامهما في ذلك العقد .

ولو سكتنا لفهم من سكوتهما -- دلالة -- أنها إنما أرادت تحكيم العرف في تفسير عقدهما - بالنسبة لما يتناوله العقد بالنص .

ومهما كان .. فالأصل في وجوب العمل بما نص عليه المتعاقدان ، أو بما احتكما فيه إلى العرف - وهو أن إرادة المتعاقدين محترمة ، يجب الوقوف عندها في كلتا الحالتين - ما دامت موافقة للشرع ، لما في ذلك من تحقيق مصلحتهما ، التي هي أساس نظام التعامل كله (١) .

ويقول الأصوليون : إن مطلق الكلام - فيما بين الناس - ينصرف إلى المتعارف .. فالعرف يعتبر قاعدة مكتملة معينة لما سكت عنه المتعاقدان ، ولأن سكوتهما يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العرف القائم ، وفوضا إليه مهمة التبيين ، والتفصيل ، والحكم - كما سبق .

وعلى هذا جرى على لسان الفقهاء قولهم : - (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) .. وجاء في المبسوط للسرخسي (١) : (والمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص) و (الثابت بالعرف كالثابت بالشرط) .. وفي الزيلعي (٢) : (المعتاد كالمشروط) .

وقال شيخ الإسلام جواهر زادة ، وغيره : وعليه الفتوى .. وقال صاحب الأشباه والنظائر : ولا خصوصية للصباغ .. بل كل صانع نهى نفسه للعمل بأجرة .. فان السكوت - في حقه - كالاشرط .. ومن هذا القبيل : نزول الخان .. ودخول الحمام .. والدلال - كما في البرازية ..

(١) انظر في ذلك : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩ - للحلبى ١٩٦٨ م ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٩ ورد المختار لابن عابدين ج ٤ ص ٤١ ، والعرف والعادة للشيخ أبو سته ص ٥٦ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ١٧١ ، ونشير العرف ج ٢ ص ١١٦ لابن عابدين .

(٣) انظر : . . . ؟

ومن هذا القبيل : — كل ما هو معد للاستغلال ... فإن العرف يستعمل هذه الأشياء كلها بالأجر .

وسواء أكان بياننا لما يدخل المقود عليه تبعاً من غير تصريح بذكره : كدخول علو الدار — في بيوتها ، وكدخول الغرف — في الاستنجار للطبخ في ولية ... أو وصفاً يبين نوع المنفعة المقود عليها : كاستنجار الدار بلا بيان نوع الانتفاع بها ، حيث ينصرف إلى السكنى ، فإنهم يستدلون على هذا كله بهذه القواعد ، وهي (المعروف كالمشروط) ... فنعناها أن الشيء المعتاد — في المعاملات — يلزم مراعاته في العقد — كما لو نص عليه نصاً صريحاً فيه .

وقد تقرر ذلك عند المالكية^(١) أيضاً ، فقد شاع عندهم اصطلاح (العادة كالمشروط) ... وأفتى الإمام المازرى — فيما إذا جرت عادة قوم بقدر الصداق ، وعرفها المتعاقدان ... أفتى أن هذه العادة بمنزلة التسمية ، وبحكم بذلك القدر المتعارف عليه ... ولا يكون النكاح من قبيل (نكاح التفويض) .

قال في التبصرة^(٢) : — وفي سماع ابن القاسم سئل مالك عن (النكاح يلزمه أهل المرأة هدية العرس ، وجعل الناس تعمل به عندنا ، حتى إنه لتكون فيه المحصورة ... أنرى أن يقضى بها ؟ فإن كان ذلك قد عرف من شأنهم ، وهو عملهم لم أر أن يطرح ذلك عنهم ، إلا أن يتقدم فيه لسلطان لاني أراه أمراً قد جرىوا عليه) اهـ .

وعلى هذا فقد رأى المالكية^(٣) أنه إذا أجاز أحد عقاراً مدة عشر سنوات وكان يتصرف فيه تصرف الملاك ثم ، ادعى أحد ملكية هذا العقار ، واستحقاقه ،

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢١٨ .
والطرق الحكمية ص ١١٢ والفروق للقرافي ج ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) انظر : قيسرية الحكام لابن فرحون ج ١ ص ١١٥ .

(٣) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٤٨٧ .

وأقام البيعة التي تثبت له أصل الملك ... فان بينته لا تنفعه ، إذا لم يقدم عذراً مقبولاً يبرر به سكوته هذه المدة الطويلة ... كغيبابه ، أو عدم علمه بما حدث ، وذلك لأن العرف يحكم بأن المالك لا يسكت — عادة — إذا رأى غيره يتصرف في ملكه هذه المدة الطويلة .

أما الشافعية : فلم وجهاً في المسألة : أصحهما أن العرف لا ينزل منزلة الشرط ... وقد جاء على لسان أحد رجالهم ، وهو السيوطي في كتابه : الأشباه والنظائر (١) — (سأل هل تنزل العادة منزلة الشرط ؟ وأجاب بذكر فروع ، حكى فيها قولين في المذهب ، أصحهما : لا يكون كالشرط ... فمنها لو عم الناس اعتبار منافع الزمن للرتين ، فهل ينزل منزلة شرط . . حتى يفسد الرهن ؟ قال الجمهور : لا . . وقال القفال : نعم . . ومنها : جرت عادة المقرض أن يرد أؤيد بما اقترض . . فهل ينزل منزلة الشرط ، فيحرم إقراضه ؟ وجهاً : أصحهما : لا . . .

ومنها : لو دفع ثوباً — مثلاً — إلى خياط ، لينخيطه ، ولم يذكر أجره . . وجرت العادة بالعمل بالأجرة . . فهل ينزل منزلة الأجرة ؟ خلاف . . والأصح في المذهب — لا ... واستحسن الرافعي : نعم) اهـ .

وبفهمهم ما سبق أن (٢) منشأ عدم الاتفاق على قاعدة (المعروف كالمشروط) هو أن الالتزام لا يثبت إلا بدليل قوى ، ودلالة اللفظ أصرح من دلالة العرف — في رأى البعض .

ويرى البعض الآخر تساويهما ، لأن العرف يفهم ، ويسلم الناس جميعاً ، لأنه تعبير عن الإرادة العامة — غالباً — ولهذا تنقطع عنده المنازعة .

(١) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٦٦ .

(٢) انظر العرف والعادة للعالم الجليل الشيخ أو سنة ص ٦٩ .

طبع الأزهر ١٩٤٧ م .

وقد جرى على هذا — عرف القوانين في مصر لا سيما في المعاملات التجارية — سواء في العقود التي تبرم بين التجار... كالبيع والإجارة، والكفالة، والوكالة... أو في بيان طريقة التعامل : كشحن البضائع بطريقة معينة... والبيع بالتقسيط... أو بالاجل... أو في تقرير الأحكام القانونية : كتممين المشتري عن هلاك السلعة.

وقد زاد القانون في احترام العرف حتى جعله مقدما على نصوصه، فقد شرط القانون المدني المصري في صحة التضامن — أن يكون مصرحاً به.

والعرف التجاري يقتضى بوجود التضامن في المعاملات التجارية وإن لم ينص عليه،

وكذلك نص القانون على أن المبيع — إذا لم يطابق الصفات المتفق عليها — يفسخ البيع... والعرف يقتضى — في هذه الحالة — بتخفيض الثمن... والقضاء جار على العرف في المسألتين (١).

— تطبيقات فقهية... واستنباط :

من التطبيقات الفقهية المخرجة على هذا : ما قاله الفقهاء (٢) فيما لو اشترى رجل ثمار أعلى الأشجار...

(أ) فإن اشتراها بشرط الترك (على الأشجار) فسد البيع، لأنه شرط ألا يقتضيه العقد، لشغل ملك البائع... وفيه نفع للمشتري، وهو زيادة الثمن، والمضج، والصيانة من التلف.

(ب) وإن اشتراها من غير اشتراط تركها أو قطعها، وتركها المشتري خلاصاً : أن الترك لو كان مأذوناً فيه طابت له الزيادة... وإلا فلا تحل له، وتصدق بما زاد في الثمن زيادة متصلة...

(١) انظر : القانون التجاري للدكتور : محمد صالح ص ٢٥.

(٢) انظر : رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٤٠، ١٤١.

لكن الناس قد تعارفوا على الترك حتى يظهر المعدوم ، وينمو الصغير ،
وتصرف السلعة في الأسواق ... وتخلط هذه العادة في معاملاتهم ، حتى لو علم
المشتري أن البائع يأمره بالقطع فإنه لا يقبل المبيع بعشر الثمن .

ومقتضى هذا العرف أن يكون الترك مشروطا ، لأن المعروف كالمشروط .
فهل يفسد البيع بهذا ؟ لأنه صار بيعا بشرط فاسد ؟

وقد أجاب ابن عابدين — عن هذا — في رسائله ، فقال (١) : — فإنه .
حيث جاز للعرف بيع المعدوم — مع أن بيعه باطل لا فاسد — فيجوز البيع
مع هذا الشرط بالأولى . فتأمل ذلك ، واعمل بما يظهر لك فإني لا أجزم .
بما قلته ، لأنى لم أر من صرح به (١١) .

— واستنباطاً من ذلك يمكن أن نقول :

١ — أن العرف الذى جعل ترك الثار شرطاً صريحاً في البيع . . . هو —
بمعينه — يجعل هذا الشرط متعارفاً عليه . . فيكون بيعاً بشرط متعارفاً عليه ،
فيصح . . . استحساناً ، وتحل الزيادة — أذن البائع في الترك . . أم لم يأذن ! !

٢ — وكذلك . . لو باع التاجر في السوق شيئاً بشن . . ولم يصرح
البائع . . أو المشتري بحلول الثمن ، أو تأجيله . . أو بحلول التسليم أو تأجيله —
وكان المتعارف — فيما بين الطرفين — أن البائع يأخذ كل أسبوع قدر معلوماً . .
لتصرف إليه بلا بيان ، لأن المعروف كالمشروط . . والله أعلم .

(١) انظر : رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٤٠ .

القسم الثاني

في

السكوت الواجب والمحظور

والسكوت لعذر

المبحث الأول السكوت الواجب

السكوت قد يكون واجبا . . . بمعنى أن المسكف يلتزم الصمت . . . كما إذا أجبره ظالم على إخباره بشيء موجود لديه لفلان . . . أو ألا يتكلم أمام سارق لأن هذا سبيل إلى الاستيلاء على الشيء أو سرقة . . . ويدخل تحت هذا المفهوم صور شتى . . . ولكننا نختار صورة واحدة . . . وهي امتناع الوديع — أى المودع عنده — الإخبار بالوديعة ؛ إذا كان الإخبار بها يترتب عليه ضياعها . . . وأساس هذا الامتناع هو (١) أن من الالتزامات الواجبة على الوديع المحافظة على الوديعة بشئ وسائل الحفظ : بأن يودع الوديعة في مكان حصين ، ثم يتعهد هذا المكان بالملاحظة . . . كما يقوم بمنع الغير من أخذ الوديعة أو الاعتداء عليها . . . ولكنه مع ذلك قد يفشى سرها عن طريق إخبار غيره بوجودها لديه ، فيصل الخبر إلى من تسول له نفسه الاستيلاء ، أو الاعتداء عليها ، بسرقتها أو إتلافها . . . وقد لا يفعل الوديع ذلك : أى لا يفشى سرها . . . ولكن قد يأنى ظالم فيجبره على إخباره بالوديعة . . . فما الأحكام المترتبة على ذلك ؟

من المعروف أن من مهام الوديع المحافظ على الوديعة . . . من وسائل المحافظة عليها الامتناع عن الأمور التي تؤدي إلى تفويت هذا الغرض . . . ومن ذلك أنه يجب على الوديع أن يمتنع عن إخبار (٢) غيره بوجود الوديعة تحت يده . . . فهو مطالب بكتمان أمر الوديعة . . . وعدم الإفصاح عن وجودها في حوزته . . . ويتأكد هذا — أكثر — في مواجهة الظالم ، ومن يخشى منه عليها — إذا علم بها .

(١) مفتاح الكرامة ج ٩ ص ٦ / المغنى ص ٣٨٤ ، ٣٨٥ .

(٢) الإخبار في اللغة هو الاتيان بالخبر . والخبر هو ما أتاك من

ثبأ عن تستخبر .

ولم يكن .. ما الحكم فيما أو خالف الوديع ، وأخبر الغير بوجود الوديعة لديه ؟ هل يكون هذا تقصيراً منه يستوجب ضمانه للوديعة ؟

ذهب بعض الفقهاء — كالشافعية — إلى أن مجرد الإخبار يترتب عليه الضمان حتى وإن تلفت بأمر آخر ... لكن المذهب على القول بعدم الضمان إلا إذا تلفت بسبب الإخبار (١) ..

ويرى بعض الشيعة الإمامية (٢) وجوب ضمان الوديع بمجرد إخباره اللص بها وإن لم يكن ذلك على وجه السعاية — وإن تلفت بأمر آخر — وهو رأى لبعض الشافعية — قياساً على ما لو ترك علف الدابة المودعة .. أو أهمل إحرازها ... فإن ذلك عدوان موجب (للتضمن) — حتى وإن هلك بسبب خبر .

ويناقش هذا الرأي .. بأن ترك العلف وتأخير الإحراز — أو إهماله — يتسبب عنهما إذا هاب عين الوديعة بالكلية — أي الوديعة كلها — بالهلاك .. أو الضياع مع عدم إمكان التدارك فيها : بردها لأصحابها .. أو نقلها إلى مكان آخر .

وما يخص القول في هذا : أن الوديع يضمن الوديعة إذا أخبر السارق بالوديعة، وعين له مكانها .. وسهل له استيلائه عليها فعلاً ... وإلا فلا ضمان ... وهذا بالنسبة للسارق ..

أما لو أخبر ظالماً ... فالذي يراه الجمهور من الفقهاء أن الوديع يضمن في تلك الحالة بمجرد إخباره الظالم بأن عنده وديعة لفلان ... حتى ولو لم يعين له مكانها ؛ لأن مجرد معرفة الظالم بوجود وديعة عند فلان قد يسكنه من أخذها ، وذلك بإجبار الوديع على تسليمها له ..

(١) انظر : حاشية الشبروانى على تحفة المحتاج لابن حجر ج ١ ص ٧١٠ .

(٢) مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٣٣ ،

أما السارق فلأن معرفته بوجود الوديعة عند شخص لا تمكنه من الاستيلاء عليها ؛ إذ لا بد له - بجانب ذلك - من معرفة مكانها ... وكيفية الوصول إليها ، حتى يستطيع سرقتها ...

فالسارق يعتمد على الاستيلاء - في حالة غفلة الوديع ... أما الثاني فاعتماده على القوة والقهر والغلبة (١) .

والراجح - في نظرنا - هو رأى من يقول إن مجرد الإخبار بالوديعة - للظالم - موجب للضمان .. حتى ولو لم يمين له مكانها ..

وما صرح به الفقهاء من وجوب امتناع الوديع عن الإخبار بالوديعة ... وما جوزوه له من الإقدام على الخلف - كذباً - مع التورية بعدم وجودها عنده - إن تعين ذلك طريقاً - لحفظها - كل ذلك غير مقبول .. لأنه إذا كان مجرد الإخبار بالوديعة لا يترتب عليه ضمانها فلماذا الخلف ، أو السماح بالكذب المحظور شرعاً ؟

إن دل هذا على شيء فلأنما يدل على أن مجرد إخبار الظالم يعتبر تعدياً وتقصيراً من الوديع يجب عليه الاحتراز ، والبعد عنهما (٢) .

وهناك صورة أخرى يلتزم فيها الوديع بالسكوت ، والامتناع عن الإخبار بالوديعة - فيما لو أكره على ذلك - وإلا كان ضامناً - كما قلنا من قبل - في أنه يجب على الوديع أن يمتنع عن إخبار السارق أو الظالم بالوديعة ...

فلو أكره الوديع على الإخبار بالوديعة - بأن أجبره شخص على الاعتراف بالوديعة عنده - فإنه يجب عليه الامتناع عن التحدث بشيء من ذلك ... بل .

(١) انظر الفقه على المذاهب الأربعة ج ٣ ص ٢٦٢ .. وحاشية

البحر في على الخطيب ج ٣ ص ٢٧٠ .

(٢) انظر الباجوري ج ٢ ص ٧٣ .. والافتاع للخطيب مع حاشية .

البحر ج ٣ ص ٢٧٠ والبحر الزخار ج ٤ ص ١٦٩ .

ومسئولية الوديع . د أحمد طه ص ٥٧٥ .

— ١٠٨ —

عليه أن ينكر أن الدبعة لديه^(١) ... وإلا — بأن أخبر بذلك ، وترتب
عليه ضياعها — بنصب أو سرقة — كان ضامناً لها .

وقد جاء في المعين : د الكذب حرام ، وقد يجب ... كما إذا
سأل ظالم عن دبة يريد أخذها .. فيجب إنكارها — وإن كذب —
حوله الحلف عليه مع التورية ... وإذا لم ينكرها .. ولم يمنع عن إعلامه
بها جهده — ضمن^(٢) ، .

(١) انظر منتهى الارادات ج ١ ص ٥٣٦ .. وأسئنى المطالب ج ٣

ص ٨٣

(٢) انظر : اعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ج ٣ ص ٢٣٧ .

المبحث الثاني*

السكوت المحذور !

يقول حجة الإسلام : الإمام الغزالي — رحمه الله تعالى : —

« أعلم أن المنكرات تنقسم إلى : مكروهة ... ومحظورة ... فإذا قلنا هذه منكر مكروه ، فاعلم أن المنع منه مستحب .. والسكوت عليه مكروه ، وإيسر بجرام إلا إذا لم يعلم الفاعل أنه مكروه ، فيجب ذكره له ، لأن « السكراة » حكم في الشرع يجب تبليغه إلى من لا يعرفه ..

وإذا قلنا « منكر محذور ، أو قلنا « منكر » مطلقاً فنريد به « المحذور » ، ويكون السكوت عليه — مع القدرة — محظوراً ... إلى أن قال : « فن رأى مسيئاً في صلاته فسكت عليه فهو شريك — هكذا ورد به الأثر — وفي الخبر ما يدل عليه ، إذ ورد في « الغيبة » أن المستمع شريك القائل ... وكذلك كل ما يقدح في الصلاة — من نجاسة على ثوبه لا يراها — أو انحراف عن القبلة بسبب ظلام أو عوى ... فكل ذلك تجب الحسبة فيه ، (١) »

وبعد تلك المقدمة ... نقول : —

إن الشريعة أوجبت الأمر بالمعروف ... والنهي عن المنكر ، لتجعل من كل إنسان رقيباً على غيره من الأفراد أو الحكام ، ولتجعل الناس على التناصح والتعاون ، وعلى الابتعاد عن المعاصي ... وعلى التناهي عن المنكرات .

واقدر ترتب على إيجاب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر أن أصبح الأفراد ملزمين ومكلفين شرعاً بأن يوجه بعضهم بعضاً ... وأن يوجهوا الحكام ، ويقوهوا . عرجهم ، وينتقدوا تصرفاتهم ...

(١) انظر : أحياء علوم الدين للغزالي ج ٢ ص ٣٣٠ — الطبعة ١٠

(والتوجيه) أساسه الأمر بالمعروف ... و (التقويم) والنقد ... أساسه
تأني عن المنكر .

وترتب على إيجاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن أصبح الأفراد
معلمين ومطالبين ومكلفين شرعاً بالتعاون على إقرار النظام ... وحفظ الدين ..
ومحاربة الجريمة .

والمسلمون أممرون — شرعاً — بالأيستكوا عن منكر يقع أمامهم . .
وأممرون بأن يأمروا بكل معروف . . وإن السكوت في هذا الباب حرام
يعاقب عليه الله ، كما تؤكد ذلك النصوص الشرعية من كتاب ، . . وسنة .

ولكن . . ما الأمر بالمعروف ؟ والنهي عن المنكر ؟ وما أساسه من التشريع
ومتى يتعين ؟ وما حكمه ؟

أولاً : ما المعروف ؟ وما المنكر ؟ .

المعروف هو : كل قول أو فعل ينبغي قوله أو فعله طبقاً لنصوص الشريعة
الإسلامية ومبادئها العامة : كمنصرة المظلوم . . والتسوية بين الخصوم في الحكم . .
والدعوة إلى الشورى والحث على كل خير . . إلى غير ذلك .

والمنكر هو : كل معصية حرمها الشريعة سواء وقعت من مكلف ، أو غير
مكلف . . فمن رأى صبياً أو مجنوناً يشرب خمرًا فعليه أن يمنعه ويريق خمره . .

ويعرف المنكر — عند بعض الفقهاء بأنه : كل محذور — أو محذور —
الوقوع في الشرع . . ويفضل هؤلاء الفقهاء التعبير (بمحذور الوقوع) على التعبير
(بالمعصية) لأن المنكر — عندهم — أعم من المعصية ، ولأنهم لا يتبررون
والجئون بمعصية ، لأن الفعل — في رأيهم — لا يكون معصية ، إلا إذا كان فاعله
فعل الصبي عاصياً ولأن المعصية بلا د عاص ، محال .

والأمر بالمعروف قد يكون قولاً محضاً ، أو عملاً محضاً . . وقد يجتمع
القول والعمل كالدعوة إلى إخراج الزكاة : وإخراج الداعي لها فعلاً — مطلوب .

« والنهي عن المنكر، قد يكون قولاً محضاً .. وقد يكون فعلاً محضاً .. وإذا كان النهي عن المنكر قولاً، فهو بالأمر .. أو بالنهي .. وإذا كان عملاً وفعلاً، فهو تغيير المنكر وإزالته .

وبما تقدم نقول : إن الأمر بالمعروف هو الترغيب فيما ينبغي عمله ، أو قوله طاعة للشرعية .. والنهي عن المنكر هو الترغيب في ترك ما ينبغي تركه .. أو تغيير ما ينبغي تركه طاعة للشرعية (١) :

حكم الأمر بالمعروف .. والنهي عن المنكر :

اتفق الفقهاء على وجوب الأمر بالمعروف .. والنهي عن المنكر .. إلا أنهم اختلفوا في تحديد هذا الواجب — من وجهين :

الوجه الأول : في صفة هذا الواجب .. والوجه الثاني : فيمن يلزمهم هذا الواجب .

اختلاف الفقهاء في (صفة) واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر :

انقسم العلماء فريقين في تحديد (صفة الواجب) :

١ — فقال البعض إن (الواجب) فرض عين .. أي واجب محتم على مسلم وعليه أو يؤديه بنفسه قدر استطاعته — ولو كان هناك من هو أندر منه على تأديته ، أو من هو على استعداد لتأديته . . وهم يشبهونه (بفريضة الحج) ، فهو فرض عين ولا يمكن على المستطيع . . وعندهم فريضة الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر آكد من فريضة الحج . . ولم يشترطوا فيها الاستطاعة ، لأنها مستطاعة دائماً ، فالاستطاعة — في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر — يمكنه جميع الأفراد . . فالجاهل يستطيع أن يأمر بالمعروف فيما هو ظاهر — كأداء الصلاة ، والصوم — وأن ينهي عن المنكر فيما لا يخفى — كالسرقة والزنا . . والعالم يستطيع أن يأمر بالمعروف ، وينهي عن المنكر فيما هو ظاهر . . أو يخفي .

(١) انظر : الفخر الرازي ج ٣ ص ٢٠ .

ويرى أصحاب هذا الرأي أن في جعل الواجب (فرض عين) حفظاً لسياسة
الامة وحرزاً لها من الفساد والتحلل (١).

٢ - ويرى فريق آخر - وهم غالبية الفقهاء - أن الامر بالمعروف ،
والنهي عن المنكر من (فروض الكفايات) . . فهو واجب حتم على كل مسلم ، ولكن
هذا الواجب يسقط عن الفرد إذا أواه عنه غير . . ويستدلون على ذلك
بقوله تعالى :

«ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ، ويأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر .
وأولئك هم المفلحون» (٢)

وجه الدلالة لما ذهبوا إليه - وهو أنه فرض - أن الله تعالى أوجبه بقوله .
«ولتكن» - وهو فرض كفاية ، لأنه واجب على البعض لا على الكل ، لأن
(من) في الآية (للتبميز . . . وأن الله تعالى قال : «ولتكن منكم أمة . . .» ولم
يقُل : (كونوا كلم آمرين بالمعروف) فإذا قام به واحد . . أو جماعة . . سقط
الطلب عن الباقين .

أما من يلزمهم هذا الواجب . . فقد رأى جمهور الفقهاء أن الامر بالمعروف .
والنهي عن المنكر واجب على كل أفراد الامة . . لقوله تعالى : «كنتم خير أمة
أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر» (٣)

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن (واجب) الامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر
لا يقع إلا على عائق الفادرين على أدائه . . وهم علماء الامة دون غيرهم ، لأن
الجاهل - في تقديرهم - ربما ينهى عن معروف ، ويأمر بمنكر . . وقد يغلظ في
موضع يستوجب اللين ، ويلين في موضع يستوجب الغلظة . . وقد ينكر على
من لا يزيده الإنكار إلا تمادياً وإصراراً وربما عرف الحكم في مذهب . . وجهله
في مذهب آخر .

(١) انظر تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤ ، ٣٥ - أحكام القرآن للجصاص .

ج ٢ ص ٢٩ .

المختصر النافع ج ١ ص ١١٥ طبع الاوقاف - شرائع الاسلام ج ١ .

ص ٢١٣ طبع الكيلاني .

(٢) سورة آل عمران - آية ١٠٤ .

(٣) سورة آل عمران - آية ١١٠ .

وأصحاب هذا الرأي من القائلين بأنه (واجب على الكفاية) ، وما دام الأمر كذلك فإنه يسقط عن البعض إذا قام به البعض الآخر . . وهذا يتفق تماماً مع تخصيص العلماء بهذا الواجب .

مناقشة هذا الرأي : ويناقش هذا الرأي ، بأن الواجب ، لا يسقط بتحميلة البعض دون البعض الآخر . . وإنما يسقط ، بالأداء ، فإذا لم يقم به العلماء فهو فرض على غيرهم . . وفضلاً عن ذلك — فإن طبيعة (الواجب على الكفاية) تقتضى أن يلتزم به الكل ، ويظلموا مسئولين عنه حتى يؤديه بعضهم ، فيسقط عن الباقين بالأداء . . . ثم إن وضع (واجب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر) على طائفة الجاهل لن يؤدي إلى الأضرار التي يتوقعونها ، لأن الجاهل — بطبيعة الحال — لا يأمر ، ولا ينهى إلا فيما هو ظاهر ، لا خلاف عليه ، كأداء الصلاة ، والنهي عن السرقة والزنا (١) .

الدليل على وجوب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر :

مصدر إيجاب الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر هو القرآن الكريم . . والسنة النبوية الشريفة .

أما القرآن . . فأيات صريحة في الوجوب . . منها قوله تعالى ، **وأتذكرون منكم أمة يدعون إلى الخير ، يأمرون بالمعروف ، وينهون عن المنكر ، وأولئك هم المفلحون ، (٢)**

وقوله تعالى ، **الذين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة ، وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ، ونهوا عن المنكر ، (٣)**.

(١) انظر : الحسبة في الاسلام لابن تيمية ص ٣٠ — ٦٠ — والفخر الرازي ج ٣ ص ٣٠ .

(٢) آل عمران آية ١٠٤ .

(٣) الحج آية ٤١ .

وأما السنة المطهرة فأحاديث كثيرة - منها - تؤكد ما ورد في القرآن العظيم :

— وهذا من قبيل السنة المؤكدة لما ورد في كتاب الله :

١ — روى عن أبي بكر رضى الله عنه أنه قال — في خطبة له : « أيها الناس إنكم تقرأون هذه الآية ، وتقولونها على خلاف تأويلها : يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم : لا يضركم من ضل إذا اهتديتم (١) . » وإنى سمعت رسول الله ﷺ يقول « ما من قوم عملوا بالمعاصي ، وفيهم من يقدر أن ينكر عليهم ، فلم يفعل إلا يوشك أن يعذبهم الله بعذاب من عنده » (٢) .

٢ — ما روى عن النبي ﷺ : « لتأسرن بالمعروف ، ولتنهون عن المنكر أو يسلمطن الله عليكم شراركم ، ثم يدعو خياركم فلا يستجاب لهم » (٣) .

٣ — ما روى عن أبي سعيد الخدري — رضى الله عنه : « أن رسول الله ﷺ قال : من رأى منكم منكراً فاستطاع أن يغيره بيده فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان » (٤) .

ومن هذه النصوص — وغيرها — بما في معناها نقول : إن الشريعة قد أوجبت الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر إيجاباً عتماً ، حسب الشرائط المبرمة له ، لأنه مطلوب للشارع الحكيم ، وجعله صفة من صفات المؤمن ، وحذر من الترك تحذيراً شديداً . . . وكل ما كان كذلك كان واجباً ، لا يجوز التخلف عنه بأى حال . . .

من له حق الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ؟

ما تقدم — أيها القارئ — علمت أن الشريعة الإسلامية توجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على كافة أفراد الأمة — بناء على رأى الراجح — لاعلى فئة معينة منها . . .

لكن هناك شروطاً خاصة فيمن يأمر بالمعروف ، أو ينهى عن المنكر . . . وبعض هذه الشروط يرجع إلى (طبيعة الواجب) . . . وإلى مبادئ الشريعة العامة . . .

(١) المائدة : آية ١٠٥ .

(٢) انظر الترغيب والترهيب ج ٢ ص ١٣٥ .

(٣) انظر : الزاجع السابق .

وبعضها متفق عليه .. وبعضها مختلف فيه .. وهي — جميعها — لا تخرج عن خمسة شروط :

الشرط الاول : التكليف .. فيشترط فيمن يأمر بالمعروف ، أو ينهى عن المنكر أن يكون مكلفا .. أى مدركا عتارا .. وهذا الشرط لازم إذا نظرنا إلى (وجوب الأمر والنهى) ، لأن ترك القيام بالواجب يؤدي إلى مسؤولية التارك . ولا مسؤولية على غير مكلف ، طبقا لقواعد الشريعة العامة .
وعلى هذا فالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر — باعتبارهما واجبا — لا يجبان إلا على (المكلف) .

واعتبار الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر (واجبا) .. لا يمنع غير المكلف من (الأمر والنهى) باعتبارهما (قرينة من القربات) ، لأن غير المكلف أهل للقربات ، وله أن يأتي بها — وإن لم تجب عليه — .. ولا يجوز منه من إتيانها . ولكن له هو — إن شاء — أن يمتنع — عتارا — عن إتيانها كصلاة الصغير وصومه ، فإن الصلاة لا تجب عليه .. وكذلك الصوم .. فإذا أتى أحدهما كان عمله (قرينة) ، ولم يجز لأحد أن يمتنع من الصلاة .. أو الصوم .. لكن إذا شاء الصغير أن يمتنع فلا لائم عليه في الامتناع .

وعلى هذا فإن الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر — إذا لم يكن واجبا — على غير المكلف ، فهو حق له : يأتيه إن شاء ، ويتركه إن شاء ..

فالصبي المراهق للبلوغ — وإن لم يكن مكلفا — له حق إنكار المنكر ، وله أن يريق الخمر ، ويكسر أدوات الملاهي ، وإذا فعل ذلك قال به ثوبا ، ولم يكن لأحد منعه ، على اعتباره أنه غير مكلف بذلك .

الشرط الثاني : — الإيمان .. فيشترط فيمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر أن يكون مؤمنا بالدين الإسلامى .. فالمسلم وحده هو الذى يقع على عاتقه واجب الأمر بالمعروف ، والنهى عن المنكر .. أما غير المسلم فلا يلتزم بهذا (الواجب) .

وقد روعى في اشتراط هذا الشرط ترك الحرية الكاملة لغير المسلم ، في أن

يعتقد ما يشاء . . . وحمايته من (الإكراه) على اعتناق ما يخالف عقيدته . . . فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يدخل فيه الأمر بكل ما أوجبت الشريعة عمله . . . أو حبت للناس فعله : من صلاة ، وصيام ، وهير ذلك .

والنهي عن المنكر يدخل فيه النهي عن كل ما خالف الشريعة . من أفعال . وعقائد : كالنهي عن (التثليث) . . . وعن القول (بصلب المسيح) وقتله . . . ويدخل فيه النهي عن شرب الخمر ، وأكل لحم الخنزير ، وغير ذلك . . . ما خالف فيه الشريعة الإسلامية ، الأديان الأخرى . . . ومن هنا لو ألزم غير المسلم بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لالزم بأن يقول بما يقول به المسلم ، وبأن يعتقد ما يعتقد المسلم . . . ولالزم بأن يبطل عقيدته الدينية ، ويظهر عقيدة الإسلام وهذا الإكراه في الدين تحرمه الشريعة الإسلامية بقوله تعالى : لا إكراه في الدين . قد تبين الرشد من الغي . .

فن أجل حماية حرية العقيدة كان هذا (الواجب) وهو الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر — على المسلم دون غيره .

الشرط الثالث : القدرة . . . فيشترط في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون قادراً على (الأمر . . . والنهي) . . . وعلى تغيير المنكر . . . فإن كان عاجزاً فلا وجوب عليه إلا بقلبه - استنكاراً لها - أي عليه أن يكره المعاصي وينكرها ، ويقاطع فاعلمها ، ويشعره بغضبه وعدم رضاه .

وسقوط الواجب لا يترتب على (العجز الحسى) وحده . . . بل يلحق بالعجز الحسى خوف الأمر والنهي من أن يصيبه مكروه ، أو أن يؤدي نهي الناهي إلى منكر شر من المنكر الذي ينهى عنه . . . ففي هذين الحالين يسقط الواجب أيضاً . . .

فن علم أن أمره ، أو نهيه أن ينفع ، أو أنه سيضرب ، أو يؤدي إذا تكلم . . . لم يجب عليه أمر ولا نهى . . . وعليه فقط أن يكره المعصية ، وينكر على مرتكبها فعلته - بقلبه ، ويقاطع فاعلمها ، وألا يحضر مواضع المعاصي ، والمناكر . . .

ومن علم أن نهيه - إذا نهى عن منكر - سيؤدى إلى إزالة هذا المنكر ... أو
لأنه سيزول ويخلفه ما هو أقل منه رتبة ، وأخف ضرراً ، فقد وجب عليه النهى
عن المنكر .

وإذا علم أن النهى عن المنكر سيؤدى إلى منكر آخر بنفس الدرجة فهو
بالحيار : إن شاء منع المنكر ، وإن شاء تركه .. بحسب ما يؤدى إليه اجتهاده .

أما إذا علم أن إزالة المنكر سيؤدى إلى ما هو أسوأ منه فقد سقط عنه
الواجب ... بل حرم عليه النهى ... كأن يحد مع شخص شرباً حلالاً صار نجساً
بسبب وقوع نجاسة فيه ، ويعلم أنه لو أراقه لشرب صاحبه الخمر ... فلا معنى
لإراقته .

ومن علم أن أمره ونهيه لا يفيد - ولكنه لم يخف عن مكروه - فلا يجب عليه
الأمر والنهى ؛ لعدم فائدتهم ... ولكن يستحب له أن يأمر وينهى لإظهار شعار
الإسلام ، وتذكير الناس بأمر الدين .

ومن استطاع أن يبطل المنكر بفعله ... ولكنه يعلم أنه سيصاب بمكروه
بسبب تعرضه لإبطال المنكر .. فلا يجب عليه إبطال المنكر ... ولكن يستحب
له أن يبطله .. كمن يقدر على إراقه الخمر ، وتكسير أدوات اللهو ولكنه سيعلم
أنه سيضرب إن فعل هذا .. فلا يجب عليه إبطال المنكر وإنما يستحب له أن
يبطله - لا باعتباره (واجباً) .. بل باعتباره قربة .

ويلحق (بالعجز الحسى) . العجز العلى ؛ فالعامى لا يجب عليه الأمر والنهى
إلا فى الجليات المعلومة ، كشرب الخمر ، والزنا ، والسرقه .

وفيما عدا الجليات المعلومة لا يجب عليه أمر ولا نهى ؛ لأنه يعجز عن فهم
حقائقها . ومعرفة فقهها .. ولو سمح له بالخوض فيها لكان ما يفسده أكثر مما
يصلحه !! .

ولا يشترط فى (إسقاط الراجب) بالعجز .. وما يلحق به أن يكون

العجز وما في حكمه معلوماً على وجه التحقيق ... بل يكفي فيه (الظن) الغالب.
لأن الظن الغالب في هذه الحالات — هو في معنى العلم، وحكمه ...

فمن غلب على ظنه أنه لن يصاب ... وجب عليه ... أما إذا شك فيه من غير رجحان ... فإن الشك لا يسقط الوجوب .

الشرط الرابع : العدالة ... وهذا الشرط لبعض الفقهاء ، فيرون.
أن الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر لا يصح أن يكون فاسقاً ويحتجون
بقوله تعالى : - و أنذروا الناس بالبر ، وتلذذوا أنفسكم (١) ، وبقوله سبحانه :
« يا أيها الذين آمنوا : لم تقولون ما لا تفعلون ١٩ كبر مقتاً عند الله أن تقولوا
ما لا تفعلون ١١ » .

وعند هؤلاء أن هداية الخير فرع للاهتمام ، وتقويم الخير فرع للاستقامة ...
وأن العاجز عن إصلاح نفسه أشد عجزاً عن إصلاح غيره ١١

واستكن الراجح - عند الفقهاء - أن للفاسق الحق في أن يأمر بالمعروف وينهى
عن المنكر ... وأنه لا يشترط في الأمر أو النهي أن يكون (معصوماً) عن
المعاصي كلها . لأن في اشتراط هذه المهمة - سداً لباب الأمر بالمعروف ، والنهي
عن المنكر .

والأصل في هذا أن الفاسق يفسق بإتيانه المعاصي - أي بارتكابه المحرمات -
وترك الواجبات ... فإذا حرم على الفاسق أن يأمر بالمعروف وينهى عن
المنكر كان معنى ذلك أن ترك الواجب — وهو هنا عصيان الفاسق — يسقط
غيره من الواجبات ... وأن (الواجب) يصير (حراماً) بسبب ارتكابه
حرام آخر .

(١) البقرة : آية ٤٤ .

(٢) الصف : آية ٣ ، ٤ .

وليس في الآيتين اللتين استدلت بهما الفريق الأول ما يمنع الغاسق من الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر . . . وإنما جاء بالنهي على من يأمر بالمعروف ولا يأتية . . . وينهى عن المنكر ويأتية ١١ .

والمقصود من الآيتين أن يطابق (فعل الإنسان) (قوله) . ليسكون لقوله أثره ، ونتيجته المرجوة (١) .

الشرط الخامس : الإذن . . . وهو ليس شرطا عاما عند الفقهاء بل يشترطه بعضهم فقط ... أى لا يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر إلا بعد إذن الإمام (الحاكم) أو من ينوبه - له ، لأن الإمام أو الحاكم يستطيع اختيار من يحسن القيام بهذه الوظيفة ... ولأن تركها إلى الأفراد دون قيد أو شرط يؤدي إلى الفساد والفتن .

ولكن أغلب الفقهاء على خلاف هذا الرأي ، ولا يشترطون للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذن شخص أو هيئة ما ... ويرون أن تخصيص أناس من قبل الإمام أو الحاكم لإداء هذه المهمة لا يمنع غيرهم من القيام بها .

وحجبتهم أن النصوص الواردة في الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر بصفة خاصة توجب على كل فرد أن يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر . . . وتجمل كل من رأى منكرا وسكت عليه . . عاصيا ، وتضع على عاتقه أن ينهى عنه أينما رآه ، وكيفما رآه ... فالتخصيص بشرط التفويض والإذن من الإمام تحكم لا أصل له ... وفضلا عن ذلك فإن الإمام أو الحاكم بمن يوجه إليهم الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر . . . وإذا كان من الواجب أن يؤمر الإمام بالمعروف ، وينهى عن المنكر . . . فكيف تحتاج القضية إلى إذنه لتأدية هذا الواجب ١٩

والرأي الأخير هو الذي جرى عليه العمل في كل العهود ، حتى في الأوقات

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٣ .

التي خصص فيها الخلفاء والولاة رجالاً معينين للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر..
فإن هذا التخصيص لم يمنع أى فرد من أفراد الأمة عن القيام بهذا الواجب .

بل لقد كان بعض الافراد يتصدون للولاة والخلفاء فيأمرهم بالمعروف ،
وينهونهم عن المنكر . . . ويتصدون لتغيير المنكر بأيديهم فلا يستطيع الخلفاء
أو الولاة أن يقواوا لمن فعل ذلك : أنت مخطئ . فالذين يشترطون (إذن الإمام)
يقصدون من هذا الشرط - تنظيم عملية الأمر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ،
ولا يقصدون تحريمها على من لم يأذن له الإمام أو الحاكم .

فمن لم يؤذن له إذا وجد جماعة يشربون خمرأ فأكسر دنانهم وأراق خمرهم . .
أو وجد رجلاً يزنى ولم يستطع منعه إلا بقتله . . فقتله هذا الإنسان لا يعتبر مرتكباً
لجريمة الإللاف . . أو لجريمة القتل ، لأن الفعلين — وهما الكسر أو الإراقة . .
والقتل اللزائى مباحان له بنصوص الشريعة الصريحة . . . وإنما يعاقب على مخالفته
أمرأ . . أو استخفافه بأوامر السلطة التنفيذية (١) .

متى يطلب من المكلف أن يأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر ؟

الإجابة عن ذلك نقول : — ليس (للأمر بالمعروف) شروط خاصة . . .
ولا أوقات معينة ، لأن الأمر بالمعروف نصيحة ، وهداية ، وتعليم . . . وكل
ذلك جائز في كل وقت وفي أية مناسبة .

أما النهي عن المنكر وتغييره . . فله شروط خاصة ، يجب توافرها ، لجواز
النهي ، أو التغيير . . وهذه الشروط هي :

١ — وجود منكر .

٢ — وأن يكون موجوداً في الحال .

(١) انظر : البحر الرائق ج ٥ ص ٤٥ — أسنى المطالب ج ٤ ص ١٧٩

مواهب الجليل ج ٣ ص ٣٤٨ — تفسير المنار ج ٤ ص ٢٣ .

٣ — وأن يكون ظاهراً دون تجسس .

٤ — وأن يدفع المنكر بأيسر ما يندفع به .

أما الشرط الأول - وهو وجود منكر - فقد اشترط العلماء لجواز النهي عن المنكر ، أو تغييره أن يكون هناك منكر . . . والمنكر هو كل معصية حرمتها الشريعة ، أو كل ما هو محظور الوقوع فيه في الشرع .

ويستوى أن يكون (فاعل المنكر) مكافاً . . أو غير مكلف . . فن رأى حنبلاً أو مجنوناً يشرب الخمر فعليه أن يمنعه ، ويريق خمره . وكذا إن رأى مجنوناً يزني بمجنونة ، أو يأتي بهيمة ، فعليه أن يمنعه .

ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة — من الذنوب — في النهي عن المنكر أو تغيير المنكر . . فكشف العورة في الختام . . والخلو بالاجنبية وإتباع النظر للنسوة الاجنبيات . . كل ذلك منكر ، ويجب النهي عنه ، ومنعه .

ولكن يشترط في (المنكر) أن يكون منكراً معلوماً دون حاجة إلى اجتهاد . فكل ما هو محل اجتهاد يكون النهي عنه ، أو تغييره لا محل له . . فليس لحنفي — مثلاً — أن ينكر على شافعي أكله الضب والضبج . . . وليس لشافعي أن ينكر على حنفي نكاحاً — مثلاً ليس فيه ولي (١) .

الشرط الثاني : أن يكون المنكر موجوداً في الحال . . بمعنى أن تكون المعصية — المنكرة وواقعة فعلاً ، وصاحبها يباشرها وقت النهي أو لإرادة للتغيير . . كشرب الخمر . أو الخلو بالاجنبية . . فإذا كان العاصي قد فرغ من المعصية فليس ثمة مكان أو مجال للنهي عن المنكر أو تغييره . . . وإنما

(١) انظر : أسنى المطالب ج ٤ ص ١٨٠ .

صار هناك عمل للعقاب على المعصية . . والعقاب من حق (السلطات العامة) وليس للأفراد . . فإذا اعترض شخص طريق الجاني فخرجه ، أو آذاه ، أو شتمه فهو مرتكب لجريمة .

أما إن فعل ذلك أثناء مباشرة المعصية والجريمة ، وكان المنع عنها يقتضى هذا (الاعتراض) فهو ناه عن منكر ، أو مغير للمنكر ولا يعتبر فعله جريمة ؛ لأن فعله هذا أداء لواجب .

وإذا كانت المعصية متوقعة الحصول ، كن يمد الموائد ويزين المجلس استعداداً لشرب الخمر ، فليس على مثل هذا من سبيل إلا بالوعظ ، والنصح ، وبيان المضار . . . وأما ما زاد على ذلك كالشتم والتعنيف ، أو الضرب ، أو التكسير . . فهو جريمة ، بل إن الوعظ أو النصح لا يجوز إذا أنكر العاصي عزمه على الشرب ، لأن الوعظ والنصح — بعد إنكاره — إساءة ظن بالمسلم .

الشرط الثالث : دفع المنكر بأيسر ما يندفع به (بأيسر الطرق) : شرط العلماء في دفع المنكر ، ومنعه أن يكون مما يندفع بأيسر السبل وبالطريقة المعتادة لذلك . . . فلا يجوز أن يدفع بأقل مما يستحق ، ما دام الدافع قادراً على دفعه بالأكثر . . . ولا يجوز أن يدفع بأكثر مما يدفعه ، لأن ما زاد عن الحاجة الضرورية يعتبر جريمة .

ولكن يجوز دفع المنكر بأقل مما يندفع به في حالة عدم القدرة . . فإذا كان المنكر يدفع باليد : ولم يكن الواقع قادراً على هذه الوسيلة دفعه بلسانه . — زجراً ونصحا — فإن لم يستطع دفعه بقلبه .

ودفع المنكر بما يندفع به يقتضى أن تختلف وسائل دفع المنكر باختلاف نوع المنكر . . وباختلاف حال فاعله ، لأن ما يندفع به شخص . قد لا يندفع به آخر .

الشرط الرابع : أن يكون ظاهراً دون تجسس ، أو تنفيس :

فإذا توقف التعرف على المنكر — على التجسس ، أو التنفيس ، أو التلصص أو التصيد لم يجز إظهار هذا المنكر ، لأن الله تعالى حرم التجسس في قوله المكرم : « ولا تجسسوا » (١) ، ولأن للبيوت حرمة ، والأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية ، ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم نهي عن تتبع عورات الناس ، فقال لماوية :

« إنك إن تتبع عورات الناس أفسدتهم ، أو كدت تفسدكم . . . » .
وتحريم التجسس والتنفيس يترتب عليه أنه لا ينبغي لإنسان أن يسترق السمع — مثلاً — على دار غيره ، ليسمع صوت الغناء ، والأوتار ، ولا يستنشق ليدرك رائحة الخمر والحشيش . . . وليس لإنسان أن يتجسس ملابس شخص يعرف ما يخفيه تحتها . . . ولا أن يدخل بينه ليعرف أى شيء يخفيه بداخله . . . ولكن إذا غلب الظن بأن هناك رائحة حشيش — مثلاً — خارجة من مسكن ، أو أن يخبره من يثق في صدق كلامه أن رجلاً اختلى بامرأة ليزنى بها ، أو برجل ليقته . . . فيجوز في هذه الحالات التجسس والبحث والتفتيش حذراً من فوات ما لا يستدرك من انتهاك المحارم ، وارتكاب المحظورات (٢) .

(١) سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٢) انظر : الاحكام السلطانية للمواردى ص ٢١٨ .

(ما يلحق بالسكوت المحظور ...)

(أ) ومن السكوت المحظور عدم الوصية بالوديعة عند إشراف الوديع على الموت . .

فمن المقرر أن مهمة الوديع — المودع عنده — المحافظة على الوديعة حتى يستردها المودع عند طلبه ، أو حدوث مقتضى لذلك الرد .

ولكن قد يحدث أن الوديع يمرض مرضاً يغلب على الظن إشرافه على الموت . . أو قام عذر يشبه ذلك — كأن حبس لقتله قصاصاً ، أو حداً إلى غير ذلك من الأمور التي يتوقع معها الهلاك عادة ...

فالواجب في هذه الحالة إما رد الوديعة إلى صاحبها ، أو يوصى بها إليه ؛ حتى لا تضر الوديعة لخطر القوات على صاحبها ، بسبب جمود الورثة لها ، أو مراضة الدائنين — في ردها .

ويدل على وجوب الوصية — في هذه الحالة — بالوديعة :

أولاً : قول الله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » . ويفهم من هذا النص الكريم وجوب رد الأمانات إلى أهلها ، ولا يتأتى الرد إلا بالمحافظة على الوديعة من الوديع مدة وجودها تحت يده ، بأية طريقة كانت ... ولما كان الأمر كذلك فإنه يجب على الوديع الوصية بها عند تعرضه لما يتوقع منه الموت ، أو عجزه عن الرد .

ثانياً : أنه يجب على الوديع — إذا كان مسافراً وتعذر عليه رد الوديعة إلى صاحبها . . يجب عليه أن يوصى بها له ... وبالتالي يجب عليه ردها عند مرضه . . قياساً للمرض على السفر .

والحكمة من هذه الوصية هي المحافظة على الوديعة من الضياع ؛ لأنه إذا لم يوص بها فقد يدعيها وارث لنفسه ، وقد يتصرف فيها ، اعتماداً على ظاهر

اليد (١) ... وقد يجهدها وينسكرها ... والوصية بالوديعة تقطع كل هذه الاحتمالات ، وتحمل الوارث على الأداء ، وعدم الجعود بها لو علم بالوصية .
واسكن ... هل يمكن الاكتفاء بالوصية مع إمكان الرد إلى المودع أو من يقوم مقامه من وكيل وغيره ؟

١ — قال بعض الإمامية ، وغالبية الشافعية ، أنه لا ينتقل إلى الوصية إلا بعد السج تماماً عن الرد إلى المودع ، أو من يقوم مقامه .
٢ — ويرى أكثر الإمامية جواز ذلك ... أى جواز الوصية مع تيسر الرد وإمكانه .

ولكن ... ما رآه أغلب الشافعية ... وبعض الإمامية هو الاحوط ، لأن الوصية بالوديعة — مع قدره على ردها — يعرضها للضياع والادعاءات ، لأنها لا تصل إلى يد الموصى له ، لسبب من الأسباب فتضيق على صاحبها (٢) .

ما المراد بالوصية هنا ؟؟

المراد بالوصية هنا إعلان الوديع بها كل شخص أمين . . . وارثاً ، أم قاضياً . أم غيره . . . مع وصفها له وصفاً يميزها عن غيرها .
ويجب على الوديع الإشهاد على الوصية ، بأن يشهد عليها شاهدين عدلين ، حتى يحصل بهذه الشهادة — الإثبات . . . عند إنكار الورثة أو الذائنين للإبداء ، اعتماداً منهم على ظاهر اليد (الحيازة) .

ويجب أن يكون الموصى له . . . أميناً . . . سواء أكان وارثاً ، أم أجنبياً

(١) أى الحيازة لها .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ج ٥ ص ٩٣ — مفتاح الكرامة ج ٦ ص ٤٢٠ .

(٣) انظر : تحفة المحتاج ج ٦ ص ١٦٨ .

ألم غير ذلك : لأنه لو كان غير أمين — بأن كان فاسقا — ضمن الوديعة ، غير أنه غرر بالوديعة ، فوضعها عند من لا يؤتمن عليها (١) .

ولكن ... ما الحكم إذا سككت الوديعة عن الوصية بالوديعة وهو مشرف على الهلاك أو الموت ؟؟

إذا ترك الوديعة الوصية بالوديعة في حالة مرضه الأخير يكون ضامنا لها : لأنه تمضى بترك ما وجب عليه ، فيضمنها الوديعة بمثلها أو بقيمتها ، سواء أثلثت بترك الإيصاء .. أم بغيره (٢) .

ولكن الفقهاء اختلفوا في تحديد وقت الوصية بالوديعة ...

(١) فقال بعض الشافعية وبعض الإمامية : يجب على الوديعة أن يوصى بالوديعة فور مرضه ؛ فإن لم يفعل — حتى مات — ظهر لنا تقصيره المستوجب للضمان ... معللين ذلك بأنه يجب على الوديعة أن يوصى بالوديعة بمجرد حلول المرض به ... بحيث لو أخرها إلى موته كان ضامنا للوديعة ، لأنه بترك الوصية يعتبر مقصرا ، ومن وجد منه التقصير وجب عليه الضمان (٣) .

(٢) وقال أغلب الشافعية ... يجوز للوديعة تأخير الوصية بالوديعة إلى الوقت الذي يغلب فيه على ظنه أنه سيفارق الحياة ... فإذا تركها حتى مات كان ضامنا لها من وقت موته .. المعلنين رأيهم بأنه يجوز للوديعة تأخير الوصية بالوديعة إلى الوقت الذي فيه على ظنه مفارقتها الحياة ... وأنه لا يضمنها إلا إذا مات فعلا ، لأن الموت كالسفر من حيث أن كلا منهما له مقدمات ، فكلما لا يضمن بمجرد العزم على السفر ... فكذا لا يضمن بالمرض ، وإنما يوجد

(١) انظر : الوجيز ج ١ ص ٢٨٤ .

(٢) انظر : حاشية الشرواني ج ٦ ص ١٧٠ .

(٣) انظر : جواهر الكلام ج ٢ ص ٣٧٨ . ومسئولية الوديعة ج ٢ د ١٠ ، محمد عطيه ٣٨٧ .

الضمان إذا سافر فعلاً . . أو مات (١) .

وقد يناقش هذا الرأي بأن تأخير وجوب الضمان إلى الموت يؤدي إلى عدم ضمان الوديع للوديعة في أول أزمته المرص . . . بل في الأخير منها ، لأنه الذي تحقق به التفريط . . . وهذا غير مسلم به ، لما يترتب عليه من انتفاء ضمانه لها إذا تلفت بعد ظهور أمارات الموت عليه . .

من هنا نرى أن الرأي الأول أقوى ، لما فيه من الاحتياط لضمان وصول الوديعة إلى صاحبها ، ولأنه لا ضرورة تدعو الوديع إلى الإمساك بالوديعة ، فإن تعذر عليه ردها فلا أقل من أن يوصى بها .

لذا يجب عليه المبادرة بالوصية ، لأنها السبيل للمحافظة على الوديعة ، ودفع الخطر عنها (١) .

من كل ما تقدم يمكن لنا القول : — إذا قضينا على الوديعة بوجوب الوصية عند المرض الخفيف . . فإن تركها — أى ترك الوصية — في هذه الحالة ، يكون مقتضراً ، لعدم قيامه بفعل وجب عليه . . . أو لتركه البيان الذي يحدد الوديعة بما يضمن حفظها وصيانتها من الفترات على صاحبها ، وتقصيره في ذلك مستوجب لضمان الوديعة بمثلها — إن كانت مثلية — أو بقيمتها — إن كانت متقومة —

ويرجع في تحديد المثل . . أو القيمة إلى الحالة التي كانت عندها الوديعة يوم دخولها في ضمانه . . . وهو يوم إشرافه على الموت بمرض ، ونحوه ، لأنه الوقت الذي يجب عليه فيه أن يوصى بالوديعة (٢) .

وهذا كله إذا تمكن من الوصية . . . إما إذا تعذر عليه الوصية بأن

(١) انظر : نهاية المحتاج ج ٥ ص ٩٣ ؛

(٢) انظر : جواهر الكلام — القسم الثاني ج ٢ ص ٣٧٨ ؛

(٣) انظر : أسنى المطالب ج ٣ ص ٧٧ ؛

مات فجأة . . . أو غيلة (غدرأ) فإنه لا يضمن ، لأنه لو جعلنا ذلك تقصيرا
مستوجبا للضمان لكان معناه وجوب الوصية على كل وديع . . . من حين
قبضه للوديعة . . . حتى أنه لو أخر ذلك ساعة واحدة لكان ضامنا . . .
وهذا لم يقبل به أحد من الفقهاء ، ولم يجر به سرف الناس في ودائعهم . (١)

(١) انظر : حاشية المحرمي على المنهج ج ٣ ص ٢٦٧ .

المبحث الثالث (سكوت الشاهد)

من السكوت المحذور . . . سكوت الشاهد . . .

والكلام — هنا — ينتظم المسائل الآتية :

أولاً : تعريف الشهادة :

نقول كتب اللغة : الإشهاد : مصدر — فعله : أشهد يشهد . . . والثلاثي :
شهد من باب سلم . . . وجاء في مختار الصحاح : (أشهد على كذا ، فشهد .
واستشده سألته أن يشهد . . . وشهد على كذا — من باب سلم — وشده : حضره
وشهد له بكذا : أدى ما عنده من الشهادة)^(١) ،

فالإشهاد : طلب تحمل الشهادة ، بالمعينة . . . أو طلب أداء الشهادة عند
القاضي . . . ويستعمل الفقهاء (الإشهاد) : بمعنى طلب للشهود ، لتحمل الشهادة
بمحضورهم لمعينة المشهود به ، ومعرفة ما وقع^(٢) .

ثانياً : ما يطلب فيه الإشهاد شرعاً .

ويراد بما يطلب فيه الإشهاد — شرعاً — الأفعال ، والتصرفات ، والأموال
التي يطلب الشارع فيها إلى المكلفين إحضار من يتحمل الشهادة عليها عند حصولها
موثقاً لأنفسهم ، لإمكان تقديم البينة عند الحاجة : كإحضار من يؤدي الشهادة
أمام القاضي — عند حصول المنازعة ، لإبراء الذمة ، وإثبات حق ، أو دعوى
كطلبه إحضار أربعة شهداء — في إقتراف جريمة الزنا ، أو الرمي بها ، في قوله

(١) مختار الصحاح : مادة : شهد ، ١٠

(٢) انظر : معين الحكام للطرابلسي ص ٦٨ ، ١٠

تعالى : « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم — فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » (١) ، سواء أكان الطلب على وجه الوجوب ، والقرضية . . أم كان على وجه الندب ، والاستحياب — تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، وتستوجبه دواعي التكليف .

فالخقوق التي لها مطالب من جهة العباد — يتحمل الشاهد فيها الشهادة بالإشهاد . أو بالمعرفة والاتصال ، ويكون أداء الشهادة فيها واجباً ، ومفروضاً إذا دعاه صاحب الشأن ، أو خاف ضياع الحق — إذا لم يشهد .

وقد نهى الله تعالى : عن عدم إجابة الدعوة إلى أداء الشهادة : فقال سبحانه : « ولا يَأْبِ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا » (٢) . . كما نهى عن كتمان الشهادة ، وتوعد من يكتتمها بالعقاب ، فقال جل شأنه : « ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ، وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمُ قَلْبِهِ ، وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ » (٣) .

أما جريمة الزنا فهي اعتداء على حق الله الخالص . . وليس فيها حق يطالب به العبد . . ومثل هذا النوع - وحين تقع الجريمة ، ويقع نظر الشهود عليها - يكون الشاهد مأموراً — أمراً فورياً — بأحد أمرين ، وكلاهما حسبة لله على الشاهد :

أولهما : أداء الشهادة ، لإقامة حد الله تعالى ، ومنع الفساد في الأرض ، وتثبيت دعائم الفضيلة في المجتمع .

وثانيهما : الستر . . عملاً بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من ستر على مسلم ستره الله تعالى ، في الدنيا ، والآخرة » ، ولمنع أن تشيع الفاحشة في المؤمنين : بإعلان الخصومة . . والمقاضاة ، لقوله تعالى : « إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة — في الذين آمنوا — لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة » (٤) ،

(١) سورة النساء : الآية ١٥ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٨٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٨٣ .

(٤) انظر سورة النور : آية ١٩ .

وعلى الشاهد أن يختار بين أكثر الواجبين نفعا لجماعة المؤمنين ، ونحمة يفتا
منصالحهم : هل يكون السر أفضل ، لأن المرتكب ذو مكانة في الناس ، وقد زل
زلة ، وعشر عشرة .. فوجب لإقالة عشرته .. عسى أن يتوب ، فيتوب الله عليه ،
ولأن الشهادة إعلان أجريمة ، وإشاعة للفاحشة ، وتسهيل لارتكابها ؟

أو يكون الأولى كشف الجريمة ، وإعلانها ، منعا للجريمة ، ووقاية للمجتمع
من شرو هذا المجرم الأثيم ؟ هو مخير بين هذين النظريتين .

.. وإذا اختار الشهادة فلا بد أن يكون الشهود أربعة من الرجال ، لقوله
تعالى : « والذين يرمون المحصنات ، ثم لم يأتوا بأربعة شهداء — فاجلدوهم ثمانين
جلدة (١) » ١١ ..

ولقوله تعالى : « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم — فاستشهدوا عليهن
أربعة منكم (٢) » ١١ ..

فإن هذين النصين ، وما في معناها — يدلان على أنه يشترط — لإثبات
الزنا — شهادة أربعة من الرجال ، لأنه في مقام بيان الحجة المثبتة لهذه الجريمة ،
وترتيب العقوبة التي حددها الشارع — على ثبوتها ١١ .

وبما تقدم علمت : أن الشاهد محظور عليه أن يكتم الشهادة حيث يخاف سماع
الحق ... وقال ابن عباس رضي الله عنه — (على الشاهد أن يشهد — حيثما
استشهد ، ويخبر — حيثما استخبر — قال : ولا نقل أخبر بها عند الأمير ، بل
أخبره بها ، لله يرجع ، ويرعى (٣)) .

(١) انظر : سورة النور : آية ٤ .

(٢) انظر : سورة النساء : آية ١٥ .

(٣) انظر : القرطبي ج ٣ ص ٤١٥ ، وأحكام القرآن لابن العربي ج
ص ٢٥٦ — طبعة أولى .

وقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي (١) :- (. . المسألة الأولى :- في تحمل الشهادة ، وأدائها - وكلاهما فرض كفاية . . إلا إن تعين - أما التحمل فلا يجب على الشاهد أن يتحمل إلا أن يفقر إليه ، ويخشى تلف الحقوق - لعدمه - وأما أداء الشهادة فيجب على من تحملها إذا كان متعينا - وذلك إذا لم يشهد غيره . . أو تعذر أداء سائر الشهود ، ودعى لأدائها من مسافة قريبة - كالبريد ، والبريدين - ولا يجوز أخذ الاجرة على الأداء ، لأنه واجب) .

وخلاصة ما تقدم : - أن الشهادة نوعان :-

١ - شهادة تحمل . . .

٢ - وشهادة أداء .

(١) وتحمل الشهادة معناه : علم الشاهد بالحادثة - عند حصرها ، وفهمه لها ، وإحاطته بها ، على وجه صحيح ، يترتب عليه أثرها : وهو وجوب القضاء بها : إما بإشهاد صاحب الحق ، وطلبه ، أو بحضور الشاهد ومشاهدته .

وتحمل الشهادة مندوب ، ومسند ، وإحياء الحقوق . . إلا أن يترتب على عدم التحمل سماع الحق . . فيسكون التحمل - حينئذ - واجبا ، محافظة على الحقوق من الضياع . . وهذا إذا مدعى الشخص للشهادة من صاحب الحق (٢) .

(ب) أما أداء الشهادة :- فمعناه : أن يشهد الشاهد بما تحمله أمام القضاء ، في مجلس الحكم . . وهذا واجب حتم - إذا مدعاه صاحب الحق للأداء .

(٤) انظر : القوانين الفقهية ، لابن جزي ص ٣٣٩ - طبع دار العلم

للملايين - بيروت .

(١) انظر : معين التحكام للطرابلسي ص ٦٨ .

وقد قيل — في تأويل قوله تعالى : — ولا يأت الشهاداء إذا مادعوا...
أنه يحتمل أن يكون المراد هو النهي عن الإياء عن تحمل الشهادة ، إذا
مادعاه صاحب الحق إلى تحملها ، ضمنا لحقه في المستقبل — عند حصول نزاع
عليه ... فيسكون النهي لكرهية الإياء عن التحمل . . كراهة تنزيهية . .
ومرجعها (خلافا الأولى) . . ويكون التحمل مندوبا إليه — شرطا — لما فيه
من إغاثة المسلم على حفظ حقه .

ويحتمل أن يكون للنهي موجهها إلى الذين تحملوا الشهادة بالفعل ، في الماضي
... ينههم الشارع عن الإياء عن أداء الشهادة — أمام الحاكم عند الخصومة —
إذا دعاهم صاحب الحق لأدائها . . فيمكن النهي لتحريم . . ويكون أداء الشهادة
واجبا متروضا .

وهنا كله في غير الحدود . . وعند طلب صاحب الحق . . ولم يخالف في ذلك
أحد ، لأن الله تعالى قد نهى عن كتمان الشهادة بقوله سبحانه : —

« ولا تكتموا الشهادة » . . والنهي عن الشيء (أمر) بضده . . فيكون أداء
الشهادة مأمورا به . . وأكد هذا النهي بتأنيب من يكتم الشهادة — وهذا تحذير
وتهديد بالعقاب ، فقال : « ومن يكتمها فإنه آثم قلبه » ، فإنه حكم صريح بثبوت
الإثم على الكتمان . . ومن لازم الإثم العقاب .

وإنما كان أمر أداء الشهادة على هذا الوضع ، لأن الجورق تحيا بالشهادة ،
وتؤتت ١١ وبدونها تضيع ، وتهلك ١١

أما في الحدود — كالزنا ، وشرب الخمر ، والسرقه — فإن أداء الشهادة
فيها غير واجب — أصلا لأن الشاهد مخير فيها بين أن يشهد ، وألا يشهد . .
بل أن ترك الشهادة أفضل ، تحميلا للستر المطلوب شرعا — بحديث : (من ستر
حلي مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة) .

- ١٢٤ -

وهذا في غير المتهتك ، المفاجر . أما هو : فالشهادة عليه أولى ، منه
والفساد - في غير حد المرفقة - فإن الشهادة فيه واجبة ، إحياء للمال
ومن كل ما سبق علمت أن كتمان الشهادة ، وعدم الإدلاء به
على الوجه المطلوب - عند الدواعي المقتضية لذلك - ممنوع شرعا
والله أعلم .

المبحث الرابع

السكوت أعذر !!

السكوت أعذر — كالأخرس — وائر ذلك في تصرفاته ..
 هذا المبحث مسوق لبيان الحكم على تصرفات الآخرس التي تصدر منه ...
 وميزانها بالميزان الشرعى — الذى توزن به تصرفات المسكف العادى ... وهل
 يحكم عليها بالصحة .. أو الفساد ؟ أو الوجوب ؟ أو التحريم ؟ ... أعنى بكل
 ذلك الآثار الشرعية المترتبة على تصرف الآخرس ..

على ضوء هذا التمهيد أقول :
 ينبغى أن نعرف على الوسيلة التي يلجأ إليها الآخرس — وهى عادة الإشارة —
 ثم نبين — بعد ذلك — أثرها على تصرفاته :

تعريف الإشارة :

١ — جاء فى المعجم الوسيط (١) : أشار إليه بيده أو نحوها : أوماً إليه معبراً
 عن معنى المعانى كالدعوة إلى الدخول أو الخروج .

والإشارة : تعيين الشيء باليد ونحوها .. والتلويح بشئ يفهم منه المراد .

وشار الشئ : عرضه لبيدى ما فيه من محاسن .

ويقال : شار الدابة : أجراها عند البيع ليظهر قوتها ... وفى حديث طائفة
 « كان يشور نفسه أمام الرسل صلى الله عليه وسلم ، أى يسعى ويخف ليظهر
 بذلك قوته .

وشور إليه بيده ونحوها : أشار ... وشور بالنار : رقعها ... وشور
 فلانا وشور به : أخجله ، وفعل ما ينجله ..

٢ — وجاء في أسرار البلاغة للزخشمي (١) :

أوماً إليه بالمشيرة وهي (الإصبع) السبابة .

٣ — وجاء في القاموس المحيط (٢) .

شور إليه : أوماً — كأشار — ويكون بالكف أو العين أو الحاجب . .

وشيرك : مشاورك ، ووزيرك . . وجمعه شورا .

٤ — وجاء في المصباح المنير (٣) .

أشار إليه بيده إشارة . . وشور تشويرا . لوح بشيء يفهم من النطق فالإشارة
ترادف النطق في فهم المعنى . . كما لو استأذنه في شيء فأشار قيده أو رأسه أن
يفعل أو لا يفعل ، فيقوم مقام النطق .

ومن كل هذا نفهم أن (الإشارة) في اللغة هي كل ما يفهم منه غرض المشير
الذي لا ينطق . .

أما تعريفها عند الفقهاء : فالذي يفهم من كلامهم أنها لا تخرج عن مدلولها
اللغوي وعليه . . نستطيع أن نعرفها فنقول :

هي كل ما يفيد الإيحاء أو التلويح — التعبير عن مقصد — سواء أكان ما يشار
به هو اليد . . أم الرأس . . أم الإصبع . . أم غير ذلك .

أثر الإشارة على التصرف : التصرف الصادر عن المشير ، إما أن يكون
المشار إليه بيما . . أو خلافه . . . ولذلك نبين أثر الإشارة على كل تصرف على
حدة فنقول :

أولاً : قد يكون التصرف بيما . . . فما أثر الإشارة في صحة هذا البيع أو
فساده ؟ تتفق كلمة الحنفية والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ،
والإمامية والإباضية . . . على جواز صحة عقد البيع بالإشارات المفهومة من

(١) ص ٢٤٤ .

(٢) ج ٢ ص ٢٦٥ — مطبعة السعادة .

(٣) في مادة شور .

الأخرس لأن الإشارة إذا لم تعتبر وسيلة البيع - في هذه الحالة - أدى ذلك إلى حرمانه من «حق التعاقد» . . وفي هذا من الضرر ما لا يخفى .

وهذا ما فهمناه من نصوص الفقهاء الواردة في هذا المجال . . . وإليك بعضا منها :

١ - الحنفية : جاء في «بدائع الصنائع» (١) : «أنه إذا كان البيع سلميا ، فإنه يكفي الإشارة إلى رأس المال ، مما يتعلق العقد بقدره ، من المسكيلات ، والموزونات ، والمعدودات المتقاربة . . وهذا قول الإمام أبي حنيفة ، وسفيان الثوري ، رحمهما الله تعالى . .

وقال أبو يوسف ومحمد : «إن هذا ليس بشرط ، والنعين بالإشارة كاف لأن الحاجة إلى تعيين رأس المال . . . وذلك حصل بالإشارة إليه - فلا حاجة إلى إعلام قدره . . . أما إذا كان رأس المال مما لا يتعلق العقد بقدره - من الذرعيات والعديدات المتفاوتة . . . فإنه لا يشترط إعلام قدره ، ويكتفى فيه بالإشارة - بالإجماع - وكذا إعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط ، والإشارة كلية بالإجماع .

فلو قال شخص لآخر : أسلمت إليك هذه الدنانير ، أو هذه الدراهم ، ولا يعرف وزنها . . . أو هذه الصبرة - ولم يعرف كيلها . . . فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة . . . ويجوز عند صاحبيه .

ولو قال أسلمت إليه هذا الثوب ، ولم يعرف ذرعه . . . أو هذا القطيع من الخنم ، ولم يعرف عدده . . . جاز بالإجماع

وهذا كله إذا كان الآخرس لا يحسن الكتابة . . . فإن كان يحسنها ففي صحة عقده بالإشارة روايتان في المذهب الحنفي :

الرواية الأولى - وهي الظاهرة - : أن العقد لا ينعقد بالإشارة وإنما ينعقد

(١) انظر : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ج ٥

الكتابة ، لأن الكتابة أبلغ في الدلالة على المراد ، وأبعد الاحتمال من الإشارة .
فوجب المصير إليها وبهذا قال بعض الشافعية .

الرواية الثانية : أن للعقد ينعقد بالإشارة كما ينعقد بالكتابة ، لأن الكلام هو
الأصل في التعبير عن الإرادة ، وعند العجز عنه ينتقل إلى ما يقوم مقامه . .
والإشارة ، والكتابة في ذلك سواء .

ولما كان العاقد قادراً على النطق والعبارة . . فلا ينعقد العقد بالإشارة عند
جمهور الفقهاء لأن الكلام هو الأصل في التعبير عن الإرادة ، ولا يلجأ إلى غيره إلا
عند الضرورة . . ولا توجد الضرورة بالنسبة للعاقد على النطق والإتيان بالعبارة .

٢ — المالكية : ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١) : « أن البيع
ينعقد بما يدل على الرضا من العاقدين ، وذلك يكون بأي شيء : كبيت واشتريت . .
وغیره من من الاقوال . . أو الإشارة . . والمعاطاة من الجانبين . . أو يكون
بالكتابة منهما . . أو بقول من أحدهما كتابة من الآخر . . أو إشارة منهما . .
أو من جهات . . وقول أو كتابة من الجانب الآخر . »

ويرى المالكية - إذا كان الآخر س يحسن الكتابة - أن الإشارة ، منه
ينعقد بها العقد كالعبارة والكتابة تماماً ، لأن المطلوت في إنشاء العقود هو التعبير
عن الإرادة بما يدل عليها . . والإشارة - إذا كانت مفهومة - تدل عليها كالعبارة . .
إلا أنهم استثنوا من ذلك « عقد الزواج » . . فمنعوا انعقاده بالإشارة ، لما لهذا
العقد من الأهمية والخطورة التي يناسبها التأكد من حصول رغبة المتعاقدين في
إبرامه ، والإعراب عن إرادتهما بما يدل على احترامه وعدم الاستهانة بشأنه (٢) .

٣ — الشافعية : جاء في حاشية البجري على المنهج : « أن البيع لابد فيه من
التراضي بين البائع والمشتري ، والتراضي يكون باللفظ ، أو في معناه من الكتابة

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ — الحلبي .

(٢) انظر حاشية الدسوقي على المنهج . . ومواهب الجليل ج

وإشارة الآخرس، (١) .

٤ — الحنابلة : ورد في المغنى . . والشرح الكبير : د أن البيع يقوم على الإيجاب والقبول ، أو لفظ يدل عليهما . . فإن خرس أحدهما قامت إيسارته مقام لفظه . . فإن لم تفهم إشارته قام وليه — من الأب — أو وصيه ، أو الحاكم مقامه . . (٢) .

٥ — الزيدية : جاء في شرح الازهار : د أن البيع والشراء يصحان من الآخرس وذلك بالإشارة الى يفهم منها مراده ، فأما الإشارة من الصبيح فلا حكم لها ، (٣) .

٦ — الإمامية : وقد نص صاحب شرائع الإسلام : د أن عقد البيع هو اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر ، وهو من معلوم . . ولا يكتفى (التقابض) . من غير لفظ وإن حصل من الأمارات ما يدل على إرادة البيع سواء كان في الحقة أو الخطير . . ويقوم مقام لفظ الإشارة ، مع العذر (٤) .

٧ — الاباضية : جاء في شرح النيل : د أن البيع ينقذ بالالفاظ التي تدل عليه : كبيعك كذا بكذا . . . أو بالإشارة . . . أو كتابة من الآخرس والممنوع من كلام ونحو ذلك مما يدل على رضا بالبيع . . . مثل أن يناوله لمريد التمر (٥) . ونرى أن ما ذهب إليه المالكية هو الراجح ، لأنه هو الذي يساير مقتضيات التعامل . . وهو الموافق لما أخذ به القانون المدني الجديد (٦) .

ثانيا : أثر الإشارة في الدعوى ، :

د الدعوى ، في اللغة . . مصدر ودعا ، . . . وادعى كذا ، زعم أنه له حقا ،

(٢) انظر حاشية البحرى على المنهج ج ٢ ص ١٦٨ — الحلبي .

(٣) انظر المغنى . . والشرح الكبير ج ٤ ص ٩ — المنار .

(٤) انظر شرح الازهار في فقه الاثمة الاظهار ج ٣ ص ٩ .

(٥) انظر شرائع الاسلام ج ١ ص ١٦٥ .

(٦) انظر شرح النيل وشفاء العليل ج ٤ ص ١١٩ .

(٦) انظر الوسيط للسنيورى ص ٢٨٩ .

أو باطلا^(١) وتدور المادة حول إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً : ملكاً ... أو استحقاقاً ... أو صفة أو نحو ذلك .

وهي في الشرع : إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في يد غيره أو في ذمته ... والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه^(٢) .

أما أثر الإشارة في الدعوى :

١ - فيري الشافعية - كما جاء على لسان صاحب معنى المحتاج - د أن المدعى عليه إذا أصر على السكوت عن جواب الدعوى لغير دهشة أو غباوة ... جعل حكمه كمنسكرك للمدعى به . فاكل عن اليين ... وحينئذ ترد اليين على المدعى بعد أن يقول له القاضي أجب عن دعواه ، وإلا جعلتك ناكلاً .. فإن كان سكواته المنود دهشة ، أو غباوة شرح له .. ثم حكم عليه بعد ذلك ... وسكوت الآخرس عن الإشارة المفهمة الجواب كسكوت الناطق ... ومن إشارة مفهمة له - كالثائب ، والأصم الذي لا يسمع أصلاً - إن كان يفهم الإشارة فهو كالآخرس ... وإن لم يكن يفهم الإشارة فهو كالجنون ... فلا تصح دعواه عليه^(٣) .

٢ - أما الحنابلة : فيرون - كما جاء في كشف القناع - بأنه إن كان المدعى به عيناً حاضرة في البلد ... سكن لم تحضر مجلس الحكم ... اعتبر إحضارها ، لتعيين وإزالة اللبس ...^(٤) .

٣ - ويرى الزيدية - كما جاء في شرح الأزهار - : د أن من شروط صحة الدعوى تعيين د أعراض العقود ، نحو أن يدعى عوض مبيع ، أو أجره ، أو مهرآ ... فإنها لا تصح دعواه في شيء من تلك الأعراض حتى يعيها بمثل ما عينها للمقد ... فإن

(١) القاموس المحيط . .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ٢٧١ ، الانصاف ج ١١ ص ٣٦٩

(٣) انظر : معنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج للشريني الخليل ج ٤ ص ٤٣١ - المطبعة اليمنية .

(٤) انظر : كشف القناع عن متن الاقتناع ج ٤ ص ٢٠٣ . - المطبعة

الاولى سنة ١٣١٩ هـ .

كان أرضاً .. أو داراً ... فبالحدود ، وإن كان غير ذلك من العروض فبما :
يتميز به من إشارة .. أو وصف .. وكذا الغصب .. والهبة ، (١)

(٤) أما الإمامية فيرون - كما جاء في شرائع الإسلام - : أن جواب المدعى عليه إن كان به آفة طرش .. توصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين .. ولو استغلقت إشارته - بحيث نحتاج إلى المترجم - لم يكف الواحد .. وافقر - في الشهادة إلى مترجمين عدلين .. ، (٢)

الإشارة .. والشهادة :-

الشهاد لغة : الحضور .. والبيان .. وسميت بذلك لأن الشاهد يبين الحق .
من الباطل بشهادته . وجاء في القاموس المحيط : الشهادة خبر قاطع ، ..
وأما الشهادة في الشرع - فهي : إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص (٣)

أنر الإشارة على الشهادة :-

(١) يقول الحنفية - كما جاء على لسان صاحب المبسوط - : .. ولا يجوز .
شهادة الآخر لأن أداء الشهادة يختص بلفظ الشهادة ... حتى إذا قال اشاهد :
« أخبر وأعلم ، لا يقبل منه ذلك .. ولفظ الشهادة لا يتحقق من الآخر ... ثم
شهادة الآخر مشقة (فيها) فإنه يستدل بإشارته على مراده بطريق غير موجب .
للعلم ، فتمكن في شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ... ولا تكون .
لإشارة أقرى من عبارة الناطق ، (٤)

(١) انظر : شرح الأزهار ج ٤ ص ١٢٣ ،

(٢) انظر : شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ج ٢ ص ١١٢ ،

للشيخ محمد جواد

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ١٢٣ ،

(٤) انظر : المبسوط لشمس الدين السرخي ج ١ ص ١٣٠ -

مطبعة السعادة .

(٢) أما المالكية فيرون - كما قال صاحب الشرح الكبير : « إن شهادة الآخرس جائزة - كما قال ابن سميعان - ويؤديها بإشارته المفهومة ، أو بالكتابة ... ولا يجوز تعيينه في القضاء ... فإذا عين وحكم نفذ قضاؤه .. ووجب عزله ، » (١)

(٣) ويرى الشافعية : « أن شرط الشاهد ألا يكون آخرس ، وإن فهم لإشارته كل أحد .. إذ لا يخلو عن احتمال .. » (٢)

(٤) وعند الحنابلة : « لا تقبل شهادة الآخرس ، نص عليه أحمد ، لأنها شهادة بالإشارة ، فلم تجز كإشارة الناطق ، لأن الشهادة يعتبر فيها اليقين ؛ ولذلك لا يكتفى بالإيماء الناطق .. ولا يحصل اليقين بالإشارة .

ولما اكتفى بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة .. ولا ضرورة هنا .. ولو شهد الناطق بالإشارة ، والإيماء .. لم تصح شهادته إجماعاً فعلم أن الشهادة تفارق غيرها من الأحكام ... ويحتمل أن تقبل فيما طريقه الرؤية ، إذا فهمت إشارته ، لأن إشارته بمنزلة نطقه .. كما في سائر أحكامه ... والاولى أولى ، لأنها إنما قبلنا إشارته فيما يختص به للضرورة .. ولا ضرورة لها هنا ... » (٣)

(٥) ويرى الزيدية : « أنه لا تصح شهادة الآخرس ... وكل من تعذر عليه النطق وذلك في أي نوع من أنواع الشهادات ، لأن من حق الشهادة أن يأتي بلفظها ، لأن شرط الشهادة التلفظ بها .. » (٤)

٦ - أما الإمامية فيرون أن : « الآخرس يصح منه الشهادة وأداؤها ، ويبنى - على ما يتحقق - الحاكم - من إشارته .. فإن جعلها اعتمد على ترجمة الغارف

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ١٦٨ ، ١٥٠

(٢) انظر : نهاية المحتاج للرملي ج ٨ ص ٢٧٧ ، ١٥٠

(٣) انظر المغنى .. والشرح الكبير لابن قدامة المقدس ج ١٢ ص ٣٣ ، ١٥٠

(٤) انظر : شرح الأزهار ج ٤ ص ١٩٢ ، ١٥٠

— ١٤٣ —

بإشارته .. نعم يفتقر إلى مترجمين .. ولا يكون المترجمان شاهدين على شهادته بل يثبت الحكم بشهادته أصلاً .. لا بشهادة المترجمين - فرعاً .. (٣) .

٧ — والاباضية يوافقون الإمامية : حيث جاء في شرح النيل : — وأن الشهادة تقبل من الآخرس بإيماء .. أو إشارة .. (٤) .

وخلاصة ما تقدم .. أن شهادة الآخرس تقبلي إذا كانت إشارته مفهومة .. وهذا الرأي للمالكية .. والامامية .. والاباضية كـ .

بينما يرى عكس ذلك الحنفية .. والشافعية .. والزيدية .. وإن كنت أرى أن الرأي الأول هو الراجح ، تيسيراً للمعاملات ، ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك فيما لو تعين ذلك .. فلو قلنا بالمنع لترتب الضرر وهذا أمر لا يخفى .

الإشارة .. والاقرار :

الاقرار في اللغة : من قر بمعنى : ثبت وسكن (١) .

وعند الفقهاء : اعتراف يوجب حقاً على قائله بشرطه (٢) .. ويعرف أيضاً بأنه إخبار المكلف عن نفسه أو عن موكله بحق يلزم .. (٣) .

وأرى أن العلاقة بين المعنيين - اللفوق والشرعي - متقاربة .. وهي أن المقر يثبت الحق على نفسه بإقراره .

(١) انظر : شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٣٦ .

(٢) القاموس ج ٢ ص ١١٩ — الحلبي ط ١٩٥٤ ج ١ ص ١٠ .

(٣) مواهب الجليل ج ١ ص ٢١٦ .

(٤) البحر الزخار ج ٣ ص ٣ .

أما كون د الاقرار ، يقبل من الآخرس - بإشارته المفهمة - فالذى يفهم من
غالبية نصوص الفقهاء أن الاقرار يصح من الآخرس بإشارته المفهمة - عدل
الاباضية - فانهم يرون أن د الاقرار ، لايعتبر . . ولا يقبل من الآخرس حتى
ولو كانت إشارته مفهمة . . وإليك ماورد على لسان الفقهاء فى هذا الشأن .

١ - جاء فى شرح الحرشى د أن آلاقرار يصح أن يكون باللفظ . . أو
بالإشارة المفهمة . . سواء أكانت تلك الإشارة المفهمة من ناطق . . أم من
آخرس . . (١) .

٢ - وجاء فى نهاية المحتاج - عند الشافعية - د أن إشارة الآخرس التى تشعر
بأنه يلتزم بحق . . تصح أن تكون صيغة من صيغ الافرار المستوفية للشروط (٢)

٣ - أما عند الحنابلة فقد جاء فى (كشف القناع) د أن الافرار يصح من
الآخرس بإشارة معلومة ولأن إشارته تقوم مقام نطقه . . ولا يصح الافرار
بالإشارة من الناطق كما لا يصح الافرار بالإشارة ، من اعتقل لسانه ، لانه غير
مأبوس - ميسر - من نطقه . . ولذا أشبه الناطق . . ()

٤ - أما الزيدية . . فقد جاء عنهم فى شرح الازهار - د أن الافرار يصح
من الآخرس بإشارته . . مادامت تلك الإشارة مفهمة . . (٣)

٥ - والامامية . . يعتبرون إشارة الآخرس المفهمة اقرارا منه كاللفظ .
ويثبت بها الخد . . على ما جاء فى الروضة البهية . . وشرائع الاسلام .

من أنه يثبت الزنا بالافرار أربع مرات . . ويكفى فى الافرار به إشارة

(١) انظر : شرح الحرشى ج٦ ص ٨٨ - المطبعة الاميرية .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ج٥ ص ٧٦ الحلبي ١٣٣٧ .

(٣) انظر : كشف القناع عن من الاقتناع ج٤ ص ٣٣٥ .

(٤) انظر : شرح الازهار ج٤ ص ٣٥٠ .

الأخرس المفهمة يقينا ... كغيره ... ويعتبر تعددها أرباعاً كاللفظ - بطريق أولى،
ولولم يفهمها إلخ كما اعتبر المترجم العارف بإشارته ... ، (١)

٦ - أما الرأي عند الإباضية .. فمختلف تماماً عن بقية المذاهب ، حيث
يرون أن إشارة الآخرس في الإقرار غير معتبرة . ، ولا يعتد بها . . على ما جاء
في جوهر النظام من أن الإقرار لا يثبت من الآخرس ؟! (٢)

وفي هذا المذهب - كما للمحظ - ضيق وخرج لا ينفي ، ولذلك يرى أنه
مذهب مرجوح - تيسيراً للتعامل ، ورفعاً للخرج .

الإشارة والوصية :-

الوصية لغة . . من معانيها الوصل والاتصال . . ووصاه توصية : عهد إليه (٣)
لأن الموصى يصل بها ما كان منه في حياته بما بعد مماته ..

والوصية شرعاً : تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع (٤)
أما حكم الوصية د بالإشارة . . فالظاهر من نصوص الفقهاء . . أنها تصح
من الآخرس بإشارته المفهمة (أ) فقد جاء في البحر الرائق : . وكان الفقيه
أبو الليث يقول : إذا فهم منه الإشارة يجوز . . وإذا قرئ صك الوصية على
رجل فقيل له هو كذا . . فأشار برأسه : أن نعم فإنه يجوز ، (٥)

(ب) وعند المالكية . . جاء في مواهب الجليل : د أن الإيجاب في الوصية

(١) الروضة البهية . . شرح لللمعة الدمشقية ج ٢ ص ٢٤٩ وشرائع
الاسلام ج ٢ ص ٤٤٤ .

(٢) جوهر النظام ص ٤٤٩ .

(٣) انظر القاموس المحيط .

(٤) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١ .

(٥) انظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ج ٨ ص ٤٦٥ -
الطبعة الأولى / المطبعة العلمية .

يصح بالإشارة المفهمة ... روى عن أشهب في الموازنة أنهم أو قرءوا الوصية وقالوا : نشهد بأنها وصيتك .. فقال - برأسه - نعم . . ولم يتكلم .. جاز ذلك ، (١)

(ج) وعند الشافعية ... جاء في معنى المحتاج : « أنه يكفي في الوصية من الآخرس إشارته المفهمة ... والناطق إذا اعتقل لسانه ، وأشار بالوصية برأسه أو بقوله : « نعم » لقراءة كتاب الوصية عليه ، لأنه عاجز مثل الآخرس ، (٢)

(د) أما الختابة ... فقد جاء عنهم - في كشف القناع ، : « ولا تصح الوصية من آخرس لا تفهم إشارته ... فإن فهمت إشارته صحت ، لأن تعبيره إنما يحصل بذلك عرفاً . فهو كاللفظ من قادر عليه ، (٣)

(هـ) ويرى الزيدية ... أن الوصية تصح بالإشارة من الآخرس إجماعاً ، (٤)

(و) ويرى الإمامية - كما جاء في الروضة البهية - : « أن الوصية تصح .. وتكفي بالإشارة الدالة على المراد قطعاً في إيجاب الوصية مع تعذر اللفظ لآخرس ، أو اعتقال لسان بموضع ونحوه ، (٥)

ومن كل هذه النصوص ، نعلم أن كلمة الفقهاء تتفق على جواز الوصية بالإشارات المفهمة .

(١) مواهب الجليل لشرح خليل على هامش التاج والاكلیل لمختصر خليل ج٦ ص ٣٦٦ - الطبعة الأولى .

(٢) معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ج٣ ص ٧٢ .

(٣) كشف القناع عن متن الاقتناع ج٢ ص ٤٩٧ .

(٤) شرح الأزهار ج٤ ص ٤٧٠ .

(٥) الروضة البهية ج٢ ص ٤٤ .

أثر الإشارة على الطلاق :

الطلاق لغة : ضد الحبس ، وهو التخلية والارسال .. بعد الزوم والامساك^(١) وشرعا : حل قيد النكاح^(٢) :

أما أثر الإشارة على الطلاق فإن جمهور الفقهاء يرى أن الاشارات المفهومة من الآخرس يقع بها الطلاق من غير خلاف لعله ... ويتضح هذا من تتبع النصوص الآتية :

١ — جاء في بدائع الصنائع : د أن التكلم بالطلاق ليس بشرط .. وهو جائز ولكن الطلاق يقع بالكتابة المستقبلية . والإشارة المفهومة من الآخرس ؛ لأن الكتابة المستقبلية تقوم مقام اللفظ .. والإشارة المفهومة تقوم مقام العيارة^(٣) .

٢ — أما المالكية .. فقد جاء عنهم في شرح منج الجليل : د أن الطلاق يلزم بالإشارة التي شأنها أن يفهم منها التطليق ، بأن يصاحبها قرينة يقطع من عاينها بأنها تدل على الطلاق — وإن لم تفهم الزوجة منها — ولو كانت تلك الإشارة صادرة من قادر على النطق .. على المعتمد^(٤) .

٣ — أما الشافعية .. فقد ورد عنهم في حاشية البجرمي على المنهج : د أما لإشارة الآخرس فإنه يعتد بها في الطلاق ... سواء كان الخرس أصليا ، أو طارئا .. ومنه من اعتقل لسانه ولم يرج برؤه^(٥) .

٤ — وعند الحنابلة ... جاء في كشف القناع : د أن الطلاق يقع بإشارة

(١) النظم المستعذب ج ٢ ص ٧٧ .

(٢) شرح مفتي الارادات .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٠٠ .

(٤) شرح منج الجليل وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل الطبعة

الاولى / طبعة السعادة .

(٥) البجرمي على المنهج طبعة الحلبي ج ٤ ص ٨ .

المفهومة من أخرس فقط ، لأنه يفهم منها الطلاق ، فأشبهت السكناية .. فلو لم يفهم الإشارة إلا البعض .. فسكناية بالنسبة إليه . (١)

هـ - والظاهرية يرون مثل ذلك ، حيث جاء في المحلى : « أن من لا يحسن العربية يطلق بلغته .. باللفظ الذي ترجم عنه في العربية بالطلاق .. ويطلق الأبكم ، والمريض بما يقدر عليه كل منهما من الصوت ، أو الإشارة التي يوقن بها من سماعها قطعا أنهما أرادا بها الطلاق ، وذلك لقوله تعالى : « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها » (٢)

و - أما الزيدية والإمامية والاباضية .. فيرون مثل ذلك كما يفهم من نصوص مذاهمهم ... (٣)

ومن كل ما تقدم قد تطبيع القول بأن الطلاق يقع من الآخرس بإشارته المفهومة - من غير خلاف من أحد .

(١) كشف القناع ج ٣ ص ١٥٠ .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهري ج ١٠ ص ١٩٧ مسألة رقم ١٩٦١ - طبعة الاولى / المنيرية .

(٣) شرح الزهار ج ٢ ص ٣٨٥ - شرائع الاسلام ج ٢ ص ٥٥ - تهرج النيل ج ٣ ص ٦٢٣ .

القسم الثالث

في

السكوت ومطلق التصرف

ويتضمن هذا القسم المباحث الآتية :

- المبحث الأول : السكوت والتعبير عن الإرادة .
- المبحث الثاني : السكوت والإجازة .
- المبحث الثالث : هل السكوت يعتبر إذناً في التصرف ؟
- المبحث الرابع : هل السكوت يعتبر إراءاً من الحقوق ؟
- المبحث الخامس : هل السكوت يعتبر إقراراً ؟
- المبحث السادس : السكوت والإسقاط .
- المبحث السابع : السكوت الذي يعتبر دليلاً .
- المبحث الثامن : السكوت والصلح .
- المبحث التاسع : السكوت والشفعة .
- المبحث العاشر : السكوت والوديعة .
- المبحث الحادي عشر : السكوت والقرعة .

المبحث الأول

(السكوت ... والتعبير عن الإرادة)

مقدمة :

المعروف أن (الصيغة) هي الاداة ، أو الوسيلة التي يتم بها الإفصاح والتعبير عن إرادة المتعاقدين ، ورغبتهم في إبرام العقد .

وهناك طرق ، ووسائل - أخرى - متعددة - للتعبير عن تلك الإرادة . . ومن الممكن حصر هذه الطرق ، وتلك الوسائل في ثلاثة :

١ - الوسيلة الأولى : - اللفظ . . أو ما يقوم مقامه : -

أما اللفظ (١) - كوسيلة للتعبير عن الإرادة - فهو الطريق الطبيعي ، الذي يستعمله الناس ، في إبراز مكونات أنفسهم ، وخطجات صدورهم . . ولهذا كان الأصل في التعبير - أن يكون بالكلام ، لأنه يدل دلالة واضحة على مراد الشخص . . بخلاف غيره من وسائل التعبير الأخرى كالإشارة ، والفعل . . المعبر عنه بالمعاينة ، فإن دلالتها قد تحمل أوجها أخرى ، غير مقصودة للمتعاقدين . . وكذلك الكتابة ، فإنها تحمل التزوير ، والتقليد ، ويتوارد عليها الإنكار ، والتحايل . . فلا يحزم بصورها من الطرف الآخر .

ولهذه الاحتمالات - وغيرها . . كان (اللفظ) في مقدمة الوسائل التي ينعقد بها أي عقد من العقود ، مهما كان نوعه .

ويتفق الفقهاء على صحة التعاقد بأي لفظ كان . . متى كان واضح الدلالة على

(١) اللفظ هو : الصوت المشتغل على بعض الحروف الهجائية ، والذي يصدر من الإنسان للدلالة على ما يريد . انظر : مختار الصحاح ص ٦٠١ ، المعجم الوسيط ج ٢ ص ٨٣٨ .

نوع العقد الذى يرغب المتعاقدان في إبرامه ، سواء أ كانت دلالاته على ذلك صريحة أم كناية . (١)

(٢) الوسيلة الثانية : — للتعبير عن الإرادة — الأفعال .. أو التعاطى (٢)

وقد سبق أن قلنا : إن الأصل في التعبير عن الإرادة .. أن يكون باللفظ ... ومن هنا يكون التعبير عن الإرادة — بالفعل .. خروجاً عن هذا الأصل .. وإن كان الشارع — فى بعض الأحيان — وفى بعض المقود — اشترط أن تقع (باللفظ) لا (بالفعل) .. كحالة (العارية) التى أوجب الفهم أن يكون الإيجاب فيها — لفظاً .. لا فعلاً . فى تنوير الأبصار : — (العارية تملك المنافع

(١) انظر المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٥٣٢ ، وكشاف القناع ج ٣:

ص ١٩ .

(٢) (التعاقد فى الأفعال) .. الفعل هو حركة البدن أو النفس .. وعرفه صاحب اللسان بأنه : « كناية عن كل متعدد ، وغير متعدد » ... والفعل — عند المناطقة — تأثير من جرم مختار ، أو مطبوع .. فى جرم آخر ، فيحيله عن بعض كميّاته الى كميّات أخرى .. كفعل السكين .. والحجر .. والقاطع بهما ، فأنهما يحيلان المقطوع — كالشفاحة مثلاً — عن (حال الاجتماع) الى (حال الانفراق) ... وقد يكون الفعل مجرداً كالقيام ، والتحريك ، والتفكير .. وما أشبه ذلك .

وقال الجرجاني — فى التعريفات ص ٧٥ — (الفعل : هو الهيئة العارضة للمؤثر فى غيره — بسبب التأثير ، كالهيئة الحاصلة للقاطع بسبب كونه قاطعاً .. ومنه الفعل العلاجى ، وهو يحتاج فى حدوثه — الى تحريك عضو ، كالضرب ، والشتم) .

وذكر ابن حزم (أن الفعل ينقسم الى ما يبقى أثره بعد انقضاءه كفعل الحراث ، والنجار ، والزواق .. وما لا يبقى أثره بعد انقضائه كفعل السباح ، والماشى ، والمتكلم ، وما أشبه ذلك) .

انظر التقريب لحد المنطق ، لابن حزم ص ٦٠ — دار مكتبة الحياة — بيروت .

جماعاً) ... وجاء في شرحه بالدر المختار :- (أفاد ، بالتعليك ، لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلاً) .. وجاء في حاشية رد المختار :- (قوله : ، ولو فعلاً ، أى كالتعاطى .. كما في القهستانى ..) وهذا مبالغة في القبول .. وأما الإيجاب فلا يصح به .. وأما القبول من المستعير — أى القبول صريحاً — فغير شرط .. بخلاف الإيجاب (١) .

فالتعبير (بالفعل) تدبكون صريحاً ، يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة .. وقد يكون كناية يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة .. فركوب الدابة — مثلاً — هو تعبير عن الإرادة يفيد إجازة العقد — إذا صدر من العاقد — صاحبه خيار الشرط ، أو خيار العيب .

ولئن كان مؤدى هذا التعبير (العمل) واحداً — وهو إجازة العقد في الحالين فهو يحمل صفتين متغايرتين فيهما .. فهو في الأول (تعبير كنانى) يفتقر إلى النية .. بينما هو — في الثانى — تعبير صريح لا يفتقر إلى النية .

وبيان ذلك ... أن ركوب المشتري للدابة — بعد علمه بعيبها — يعتبر إجازة صريحة للعيب ، وإلغاء (للخيار) ولا ينظر — في هذا الركوب إلى نية المشتري ، وهل ركبها لحاجة في نفسه ؟ فيكون ذلك إلغاء للخيار — أو ركبها لينظر إلى سيرها ؟ فلا يكون ذلك إلغاء للخيار ١١ .. بخلاف الركوب في (خيار الشرط) حيث ينظر فيه إلى نية الراكب .. فان قصد الركوب لحاجة نفسه كان ذلك إلغاء للخيار .. وإن قصد الركوب للتجربة ... لم يكن ذلك فسخاً للخيار (٢)

(١) انظر : رد المختار ج ٤ ص ٥٢٤ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ج ٤ ص ٢٧٠ .

(التعاقد عن طريق التعاطى)

وهو التعاقد بالمبادأة الفعلية . . الدالة على التراضى . . دون تلفظ بإيجاب وقبول (١)

ومن هنا كان هذا النوع من التعامل - من صميم بحثنا هذا - وقد جاء في شرح الخطاب :- (المعاطاة هي : أن يعطيه الثمن ، فيعطيه المثلثن - من غير إيجاب ، ولا استيجاب) (٢)

ومن صوره : أن يجىء رجل إلى بائع دقيق - مثلاً - ويدفع له خمسة جنينيات - مثلاً - ويقول له : بكم تبيع السكيلو من هذا الدقيق ؟ فيقول له : بعشرين قرشاً . . ويسكت المشتري ، ثم يطلب منه الدقيق ، فيقول له البائع : سأعطيك إياه غداً . . هنا يتم العقد البيع - وإن لم يجر بينهما إيجاب ولا قبول .
وكذلك : إذا أعطى المشتري لخباز مقداراً من القروش ، فيعطيه الخباز به مقداراً من الخبز - دون تلفظ بإيجاب وقبول . .

وكذلك : أن يعطى المشتري الثمن للبائع ، يأخذ السلعة ، ويسكت البائع (٣)

(مقارنة بين التعاقد بالتعاطى . . والتعاقد بدلالة الحال « كالكوت »)

هناك فرق واضح بين التعاقد بالتعاطى . والتعاقد بدلالة الحال - حيث لا يكون ثمة - أخذ وعطاء من الجانبين - بل يكون هناك موقف من العاقدين لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على القراض . . كما لو ترك إنسان متاعه بين يدي شخص آخر ، وذهب - وسكت الآخر ولم ينه ، ولم يتنصل من حفظه - فإن « عقد الإيداع » يتم بينهما بدلالة الحال . ويصبح الشخص الآخر وديماً مكلفاً بالحفظ .

(١) تكملة رد المحتار ج٢ ص ٢٩٩ .

(٢) انظر : شرح الخطاب ج٤ ص ٢٢٨ .

(٣) انظر مادة ١٧٥ من مجلة الأحكام العدلية .

وكذلك .. لو دخل شخص غاماً (متجراً) فقال لصاحب الحان :- أين
أربط دابتي ؟ فأراه محلاً ، فربط الدابة فيه . انعقد الايداع ، دلالة (١)

حكم التعاقد بالتعاطى :-

اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج ، لا يعقد (بالفعل أو المعاطاة) .. فلو أن
امرأة زوجت نفسها - بحضرة شاهدين - فلم يقل الزوج شيئاً .. لم يكن أعطائها
المهر في المجلس .. لا يكون ذلك قبولا للزواج - . ولا يتم الزواج بينهما ما لم يقل :
(قبلت .. أو نحوه) ، لأن عقد النكاح - في الفقه الاسلامي - لا يتم بالإشهاد
وحده .. ولما كان مؤدى التعاطى وصفاده - في النكاح - هو التعاشر الاستمتاعى
بين الزوجين .. وكان ذلك مقعدراً بحضور الشهود .. لذلك فقد أوجب الفقه
الاسلامى التعبير عنه ، باللفظ ، ، لأنه ميسور للسمع ... وأيضاً - فان عقد
الزواج متعلق بالنظام العام في المجتمع الإسلامى ، وترتبط به حقوق للغير ..
كالنسل ، وهو عقد الحياة الانسانية ، حيث يتوقف بقاء النوع الإنسانى عليه .

من هنا حرص الشارع على إبرازه ، وتمييزه عن (المخادعة) .. واللفظ هو
الاولى والابين في التمييز بين حالتى : النكاح المشروع ، الذى تصان به الأعراس
والانساب وحقوق الغير - والسفاح الممنوع والمحرم ، الذى تهدر به هذه الحقوق !!

واختلف الفقهاء فيما عدا عقد الزواج - من العقود .. على أقوال كثيرة ..
يمكن إجمالها في ثلاثة :-

القول الاول :-

وهو الإمام مالك ، والإمام أحمد ، والجصاص من الحنفية - أنها تنعقد
(بالفعل) متى كان هذا الفعل واضح الدلالة على الرضا .. سواء في ذلك ما جرى
العرف بانهقاده به .. وما لم يجر العرف به

(١) انظر : المدخل الفقهى العام - لمصطفى عبد الرزاق ج ١ ص ١٦٠
والفقه الاسلامي للدكتور محمد سلام مذكور ص ٥٣٨ .

وهذه أدلتهم التي تشهد لهم :

(أ) من القرآن الكريم : جاء على لسان الجصاص صاحب كتاب أحكام القرآن^(١) : (وهو — أى التعاطى — أن يساومه على شيء ، ثم يزن له الدراهم ، ويأخذ المبيع ، ليجعلوا ذلك عقداً لوقوع تراضيهما به ، وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه . فهذه الوجوه التي ذكرناها — هي طريق التراضي المشروطة في قوله : « إلا أن تكون تجارة — عن تراض منكم ») .

(ب) من السنة الشريفة : جاء في كتاب أحكام القرآن : (ونهر النبي — صلى الله عليه وسلم — بدعات ، ثم قال : « من شاء فليقتطع » ، فقام « الاقطاع » — في ذلك . مقام القبول للهبة — في إيجاب التملك) .

(ج) الإجماع : جاء في المغنى^(٢) : (أن الناس يتبايعون — في أسواقهم — بالمعاطاة ، في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره — قبل مخالفتنا — فكان ذلك إجماعاً) .

(د) العرف : حيث جرى عرف الناس في زمنه — صلى الله عليه وسلم — وما بعده من المصور على التعاقد بالأفعال . ولم ينقل إنكاره عن النبي — صلى الله عليه وسلم — ولا عن الصحابة . . فكان ذلك دليلاً على مشروعيته .

(هـ) العقل : فإن العمل بهذا المقول — وهو صحة الإيجاب والقبول فعلاً . . لا لفظاً فقط — يترتب عليه رفع الحرج عن الأفراد . . وهو مقصود للشريعة .

وقد أشار إلى ذلك ابن قدامة الحنبلي بقوله : (وليس إلا المعاطاة والتفرق — عن تراض — يدل على صحته . . ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك ، ولسكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة ، وأكثر أموالهم محرمة)^(٣) .

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٧٣ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ .

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ .

واليك نعرضهم الفقهية في هذا المقام :

(أ) قال الجصاص - وهو فقيه حنفي : (وقد قال أصحابنا - فيما جرت به العادة - بأنهم يريدون به إيجاب التملك ، وإيقاع العقد - أنه يقع به العقد . . وهو أنه يساومه على شيء ، ثم يزن له الدرهم ، ويأخذ المبيع ... فجعلوا ذلك عقداً ؛ لوقوع تراضيهما به ، وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه ؛ وذلك لأن جريان العادة بالشئ كالنطق به - إذ كان المقصد من القول الإخبار عن التضمير ، والاعتقاد . . فإذا علم ذلك - بالعادة . . مع التسليم للمعقود عليه - أجزوا ذلك مجرى العقد ، وكأيده الإنسان لغيره ، فيقيضه ، فيسكون قبولا للهدية (١) .

(ب) وقال ابن قدامة - الحنفى : (ولنا أن الله [تعالى] أحل البيع ، ولم يبين كيفيته . . فوجب الرجوع إلى العرف . . كما رجع إليه في القبض ، والإحراز ، والتفرق ، . . . والمسلمون في أسواقهم ، وبياعاتهم - على ذلك ؛ ولأن البيع كان موجوداً بينهم ، معلوماً عندهم . . وإنما علق الشرع عليه أحكاماً . . وأبواه على ما كان . . فلا يجوز تغيير بالرأى ، والتحكم) (٢) .

(ج) وقار الحطاب - المالكي (٣) : (إن الركن الأول الذي هو الصيغة التي يشترط بها البيع - هو ما يدل على الرضا . . وسواء أكان قولاً . . أو فعلاً - كالمعاطة وهي المناولة - . . قاله في الصحاح . . وقال الشيخ

(١) انظر : أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٧٣ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ .

(٣) انظر : شرح الحطاب ج ٤ ص ٢٢٨ .

رؤى : هى أن يعطيه الثمن ، فيعطيه الثمن - من غير إيجاب ، ولا استيجاب ؛ لأن الفعل يدل على الرضا ، عرفاً ؛ والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما فى يد غيرك بعوض ترضاه . . فلا يشترط القول . . ويكفى الفعل كالمعاطاة) . - وجاء أيضاً : (إن الأفعال - وإن انتفت فيها الدلالة الوضعية - ففيها دلالة عرفية - وهى كافية ، إذ المقصود من التجارة - إنما هو أخذ ما فى يد غيرك بدفع عوض - عن طيب نفس منك . . فتكفى دلالة العرف - فى ذلك - على طيب النفس) (١) .

القول الثانى : أن العقود لا تنعقد (بالفعل) . . ولو كان واضح الدلالة على الرضا . . وهو قول الشافعى - رضى الله عنه - والشيعة .

واستدلوا على دعواهم هذه - بما يأتى :

(أ) قالوا : إن الشارع قد اقتصر على ذكر البيع ، والتبايع . . وفرق بين الاستيلاء . . والتعاقد ، وبذ ما كان يألوه الجاهليون - من تعبيرات فعلية فى البيوع - كالملاسة ، وغيرها - فوجب - تبعاً لذلك . تبذ ما كان على شاكلتها من معاطاة غير مقرونة بلفظ البيع ، الذى جعله الشارع عنواناً للتعاقد .

جاء فى الروض النضير (٢) : (قال الموزعى : التجارة ، والبيع أمر متباد فى الوجود . . وهو التعارض . . ومعلوم أنه لا ينفك عن مساومته ، وخطابه . . فلما وجدنا النبي - صلى الله عليه وسلم - فرق بين السوم ، و البيع ، فى قوله صلى الله عليه وسلم - لا يسم أحدكم على سوم أخيه ، ولا بيع على بيعه (٣) : علمنا أن البيع هو التعاقد الناقل للملك أحدهما إلى الآخر ، فإن التساوم من مقدمات البيع ، ولما وجدنا الإشارة إليه فى الحديث كثيرة - كما فى قوله صلى الله عليه وسلم - لحبان بن منقذ :

(١) انظر : حاشية الصاوى ج ٢ ص ٣ .

(٢) انظر : الروض النضير ج ٣ ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٣) انظر : نيل الاوطار للشوكانى ج ١ ص ٢٢ .

« إذا بايعت فقل لا خلافة .. وأنت بالخيار ثلاثاً .. » وغير ذلك من الإشارات المستلزمة للتعاقد .. فدل على أنه من عاداتهم .. مخاطبتهم الله بعتهم الجارية على عاداتهم .

نعم جرت العادة بعدم التساؤم ، والتعاقد في المال الخفي . . فيمكن فيه التعاطي ، لأنه يسمى (بيعاً) لغة ، وعرفاً . . واختاره جماعة من الشافعية — أبو حنيفة فلم يشترط التعاقد في التبائع أخذاً بظاهر الخطاب .
ويؤيده أنه تقرر في القواعد الفقهية المتفق على صحتها : أن كل ما رتب الشارع عليه حكماً ، ولم يحد فيه حداً . . يرجع فيه إلى العرف . . وقد علم أن عادة الجاهلية — في زمن النبي صلى الله عليه وسلم — أنهم يعتبرون — في نفوذ البيع — صوراً يجعلونها قرائن الرضا ، والانسلاخ ، ولا ينفصل أحد المتبايعين عن الآخر إلا بفعل أيها . . وهي صفات متنوعة ، أقر الشارع بعضها منها ، وأبطل بعضها .

فما أبطله المنابذة . . والملازمة . . وطرح الحصة . . ونحوها — بما عدوه قرينة الانسلاخ .

وما أقره لفظ البيع . . والشراء ، اللذين ورد بهما النص القرآني ، كقوله تعالى : « وأحل الله البيع ، وحرم الربا » ، وكذا قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تباعتم » ولم يقل : « إذا تلامستم » . . أو تنابذتم . .

والاقتصار على ذكر « التبائع » دليل على كون لفظه — وما في حكمه — من الألفاظ المؤدية لمعناه — هو المعتبر في نفوذ العقد . . وليس البيع هو مجرد الرضا بالمبادلة (١) .

وجاء في جواهر الكلام (٢) : (ولا يكفي مجرد الرضا في حصول الملك ، لحصر الشارع أسباب الملك في العقود . فالمعاطاة تفيد لإباحة — لا غير) .

(١) انظر : الروض النضير ج ٣ ص ٢٠٥ .

(٢) انظر : جواهر الكلام ص ٣٩ .

وهذا نص واضح يدل على أن اللفظ لا غيره له المسكاة الأولى في التعبير .

(ب) ويستدلون على مذهبهم — أيضا — فيقولون : (إن التعاطى يستلزم على الإثبات ، فلا مناص إذا من عدم الاعتداد به في إنشاء التصرفات) . .

ويشير إلى هذا المعنى الشعرائى صاحب الميزان^(١) ، بقوله : (ووجه الأول قوله — صلى الله عليه وسلم : إنما البيع عن تراض ، . . والرضا خفى . . فاعتبر ما يدل عليه من اللفظ — لا سيما إن وقع تنازع — بمد ذلك — بين البائع ، والمشتري وترافعا إلى الحاكم ، فإنه لا يقدر على الحكم بشهادة الشهود إلا إذا شهدوا بما سمعوه من اللفظ . . ولا يكفى أن يقولوا : رأيناه يدفع إليه دنانير — مثلا — ثم دفع إليه حماراً — مثلا) .

ويشير الرملى — الشافعى — إلى عدم قدرة التعاطى على إظهار الرضا الخفى بقوله : (والرضاء أمر خفى . لا اطلاع لنا عليه ، فجعلت الصيغة ، دليلا على الرضا ، فلا ينعقد بالمعاطاة . . وهى أن يتراضيا — ولو مع السكوت منهما)^(٢) .

(ج) ويقولون — كذلك — أن الفعل لا يقوم مقام العبارة ، لأنه يختلف باختلاف مقاصد الناس ، ويحتمل غير المراد من العقد ... وبيان ذلك :

أن التعاطى — كوسيلة للانعقاد — أداة ظنية ، لا تحتمل معنى القطع ، والحسم على وجود الإرادة ، لأن التعاطى يحمل معنى المبادلة . . وهو عنصر مشترك بين العديد من المعاولات المالية ، وليس بمقصود على البيع . . فإذا ما قبلنا التعاطى الذى ينتظم إرادة المبادلة المحضة — كوسيلة للتعبير . . فالى أى معاوضة من هذه المعاولات انصرفها ؟ وكيف يتسنى لنا التمييز بين هذه المعاولات — وقد جاء التعاطى حاليا عن كل لفظ يرسم حدودها ؟

(١) انظر : الميزان للشعرائى ج ٢ ص ٥٤ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج للرملى ج ٣ ص ٤ .

— ١٩١ —

فلا مناص إذًا من الرجوع إلى القول ، المترجم عما في النفس ... - كما يقول
الفقيه السحيمي : إنه الوحيد الضامن للقيام بهذا التحديد ..

أما مجرد الرضا بالمبادلة .. فما لم ينصهر في بوتقة اللفظ القادرة على إعطائه
صورة المبادلة المرادة ، المنضبطة .. فهو هدر - ولو تم عن طريق التماطي .. (١).

منافسة هذا القول :

لاحظ أصحاب المذهب الأول - القائلون بانعقاد العقد بالتماطي - على أصحاب
المذهب المعارض أنهم «صروا» بالتعاقد ، في الالتماظ - فقط - مستدلين بآية :
« وأحل الله البيع ، وحرم الربا » .. وهذه الآية لم يكن الغرض منها بيان وسائل
التعبير .. وإنما سيقمت لبيان (حلية) البيع ..

وإلى هذا أشار صاحب المغنى بقوله (٢) : - (ومذهب الشافعي - رحمه الله -
أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول .. وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا ..
ولنا : أن الله أحل البيع ، ولم يبين كلفيته ، فوجب الرجوع إلى العرف) .

وأما آية : « وأشهدوا إذا تباعتم » ، التي استند إليها صاحب الروض النضير
فلم يكن الغرض منها بيان وسائل التعبير .. وإنما كان الغرض منها بيان ضرورة
الإشهاد .

أما بالنسبة لما استدلوا به من السنة - على مذهبيهم - فقد رد عليهم صاحب
المغنى بأن هذا لا يصلح استدلالاً ، حيث قال : - (ولم ينقل عن النبي - صلى الله
عليه وسلم - ولا عن أصحابه - مع كثرة وقوع البيع بينهم - استعمال الإيجاب ،
والقبول .. ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم - لمقل نقلاً شائعاً ، ولو كان ذلك شرطاً
لوجب نفيه ، ولم يتصور منهم إهماله ، أو الغفلة عن نقله .. ولأن البيع بما تعم به

(١) انظر : الروض النضير ج ٣ ص ٢٠٦ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ .

المصالح .. فلو اشترط له الإيجاب والقبول لبيته النبي - صلى الله عليه وسلم -
بيانا عاما ، ولم يخف حكمه ؛ حتى لا يقضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيرا ، وإلى
أكلهم المال بالباطل .. ولكن لم ينقل ذلك عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن
أحد من أصحابه - فيما علمناه .

وكذلك الحكم في الإيجاب والقبول بالنسبة للهبة .. والهدية . والصدقة ..
ولم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك
فيه .. وقد أهدى إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - من الحبشة وغيرها .. وكان
الناس يتجرون بهداياهم يوم عائشه - متفق عليه ؟ .

وفي أكثر الاخبار لم ينقل إيجاب ولا قبول .. وليس إلا المعاوضة .. والتفرق
عن تراض يدل على صحته (١) .

وأما ما استدلوا به من أن « التعاطي » لا يصح العقد به ؛ لأن دلالاته على الرضا
ظنية - فإنه يناقش ، ويرد عليهم - فيه - بأنكم تعترفون بانعقاد العقد بالتعبيرات
اللفظية الكنائية .. وتعتبرونها كوسيلة للتعبير عن الإرادة - على الرغم من أنها
تعبيرات ظنية .

ثم إن التعاطي ييسر على الناس معاملاتهم ؛ لأنه - وإن كان وسيلة مشتركة
في كل عقود المعاوضات ، وقد يدعو الاشتراك إلى الخلط بينها - فإن في الظروف
الداخلية ، والخارجية المحيطة ، بالتصرف - ما يميز للسبيل لمعرفة طبيعة هذا التصرف ،
وتكييفه بالشكل الصحيح : وهل هو بيع .. أو إجارة ... أو غير ذلك ؟

فإذا ما ذهب شخص إلى مؤجر دراجات .. واستأجر منه دراجة - على سبيل
التعاطي - لقاء قرش ، ولحظات معدودة . فليس - ثمة - مجال للتساؤل عما إذا
كانت هذه العملية التعاقدية « بيعاً » .. أم إجارة ، مادامت الظروف الداخلية ،
والخارجية تنطق بكيفيةها ؟ .

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ وما بعدها ،

من هذه المناقشة نعلم أن أدلة القائلين بأن العقد لا ينعقد بالتعاطي والأفعال،
- لم تسلم من الرد والمعارضة - كما لا يخفى ما في مذهبهم من التشديد ، وعدم التيسير
- دون سند قوى . . وهذا لا يتفق مع مرونة الشريعة ، وسماحتها فيما تعم البلوى
وفي رفع الحرج عن الناس !!

موازنة بين الرأيين

بعد دراستنا للرأيين السابقين - في حكم التعاقد بالمعاطاة - وجدنا أن
هناك مذهباً موسعاً . . وآخر ضيقاً - وجدنا أن أساس هذا الاختلاف ومرده
. . يرجع إلى العرف . . حيث وجدنا (الرأي الموسع) يعتمد اعتماداً كبيراً
على العرف . . حتى لقد بلغ الأمر بالمذهب الحنفى - وهو من القائلين بصحة
التعاقد عن طريق المعاطاة^(١) - أنه لم يقف عند حد العرف - فحسب - في إقراره
للتعاطي ، ولغيره من وسائل التعبير . . بل لقد ذهب إلى أبعد من ذلك حيث
أوجب العمل (بالرضا) مهما كان الطريق الموصل إليه - عرفاً كان أو غير عرف - .

وأصدق دليل على ذلك ما جاء على لسان ابن القيم - في عبارة سهلة واضحة ،
حيث يقول : - (فن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة ، وجب عليه اتباع
مراده . . والاتفاظ لم تقصد لذواتها ، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم
فاذا ظهر مراده ، ووضح - بأي طريق كان - عمل بمقتضاه ، سواء كان بإشارة ،
أو كتابة ، أو إيماء ، أو دلالة عقلية ، أو قرينة حالية . . أو عادة له مطردة
لا يتخل بها . .)^(٢) .

وهذا هو الاتجاه الذي يسلكه فقهاؤنا المحدثون ، فقد جاء في كتاب (الملكية
ونظرية العقد) لأستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة^(٣) : (بكل ماعده الناس

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٤ وما بعدها .

(٢) انظر : اعلام الموقعين ج ١ ص ١٨٩ .

(٣) انظر : الملكية ونظرية العقد ، للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٠٥ ،

دالا على البيع . . . ينعقد به البيع ، وكل ما يعتبره الناس دالا على الإجارة . . .
فالإجارة تنعقد به . . . وليس لذلك حد لاقى شرع « ولا في لغة ، بل يتنوع بتنوع
الناس ، كما تتنوع لغاتهم . . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات
في المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم - من أهل لغة أخرى
إذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم) .

أما المذهب الآخر - المضيق - فلا يقيم للعرف وزنا - في هذه المسألة - ومن
هنا جاء على لسانهم (١) : - (أن المعاوضة - على أصل المذهب - لا يصح البيع بها -
ولو اعتيدت) .

وجاء أيضاً - عنهم - (٢) (والرضا أمر خفي ، لا اطلاع لنا عليه فجعلت
الصيغة دليلا على الرضا ، فلا ينعقد بالمعاوضة - وهي أن يتراضيا - ولو مع السكوت
منهما) .

والذي نراه راجحا هو القول الأول ، الذي يجيز التعاقد بالتعاظمي والأفعال
لقوة أدلته ، وسلامته عن المعارضة ، ولضعف أدلة المذهب الثاني - بعد مناقشتها
والرد عليها - كما سبق - ولأنه القول الذي يتفق وما هو مقرر في الشريعة : من أنها
جاءت لتحقيق مصالح الناس ، ورفع الحرج عنهم ، ولأنه يتفق مع مقتضيات
التعامل ، لمسا فيه من التيسير . . .

وهذا قول هو الذي أخذ به القس - سائون المدنى - في مصر - حيث نصت
المادة - ٩٠ منه - على أن : (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، وبالكتابة ،
وبالإشارة المتداول عرفا - كما يكون باتخاذ موقوف لاندع ظروف الحال شك في
دلالاته على المقصود) .

(١) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج للرملي ج ٣ ص ٤ ،

(السكوت .. ودلالته على الإيجاب والقبول)

قبل أن نتكلم عن هذه المسألة .. وهى دلالة السكوت على الإيجاب والقبول -
نود أن نقول أولاً :

ما الإيجاب ؟ وما القبول ؟

ذهب الجمهور من الفقهاء - إلى أن الإيجاب هو ما يصدر عن يكون منه التملك
وإن ورد متأخراً ... وأن القبول هو ما يصدر عن يصير له الملك وإن صدر
أولاً .

فهم يخصصون (الإيجاب) بما صدر من عاقد معين بالذات .. ويخصصون
(القبول) بما صدر من العاقد الآخر - بصرف النظر عن صدوره سابقاً للإيجاب
أو متأخراً عنه .

ونحن لا نرى وجها لهذا التخصيص .. بل كل من صدر منه اللفظ — أو
ما يقوم مقامه — أولاً .. يكون موجباً .. ويكون الآخر قابلاً ، لأن كلمة (قبول)
تشعر بأن شيئاً تقدمها ، ويكون القبول واقعاً عليه — أى على هذا الشيء - وإلا
فكيف يكون قبولاً ، ولم يتقدمه شيء (١) ؟

ويرى الحنفية (٢) : أن الإيجاب هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين دالاً
على إرادته فى إنشاء العقد .. وأن القبول هو ما يصدر ثانياً (من العاقد الآخر)
دالاً على موافقته ، ورضاه بما أوجبه الأول .

والواقع أن كلا منهما إيجاب ... أى إثبات حق للطرف الآخر ... وإنما

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٣ ص ٥٦٠ — المكتبة التجارية ،
ومغنى المحتاج ج ٢ ص ٣ الحلبى .
(٢) انظر : البحر الرائق ج ٥ ص ٢٨٤ .

سمى الثاني (قبولا) تمييزاً له عن الإيجاب الأول ، ولأنه يقع قبولا ورضاً بهل الأول ... فالعبرة في تمييز الإيجاب عن القبول هي الصدور أولاً .. أو عدمه .

فإذا قال البائع لشخص : بعتك سيارتي بكذا .. فقال الثاني : اشتريت .. أو قبلت ... كان قول البائع : (بعتك ...) إيجاباً ... وكان قول المشتري : (اشتريت ، أو قبلت ، أو رضيت .) قبولا لذلك الإيجاب .

لكن .. هل يصح أن يكون السكوت دالاً على الإيجاب أو القبول ؟ هذا مانجيب عليه .

من خلال كلامنا السابق على السكوت علمت أنه قد يكون مظهراً للتعبير عن الإرادة لكنه يختلف عن جميع المظاهر الأخرى الدالة على الإرادة ، لأنه موقف سلبي محض^(١) حيث أن الساكت لم يعبر بطريق إيجاب عن أية إرادة ، كما هو الشأن في قاعدته حيث أنه لا ينسب لساكت قول^(٢) ،

لكن هذا يصدق على الإيجاب دون القبول ، لأن السكوت قد يكون تعبيراً عن القبول ، إذا كانت هناك قرائن وأمارات تدل على تضمن السكوت للوافقة^(٣) وذلك كأن يجرى العرف على أن السكوت في مثل هذا الأمر يعتبر رضا كما في حالة سكوت البكر حين يتقدم إليها من يريد خطبتها فيعرض وليها الأمر عليها فتسكت ، أو كان التعامل الذي حصل يعود بالفائدة على هذا الشخص الساكت وذلك كما في عقود التبرعات كالصدقة والوقف والوصية والوديعة .

(١) حيث عرفناه في موضعه « أنه التزام حالة سلبية لا يرافقتها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير الخ .

(٢) وهذه العبارة للشافعي رحمه الله انظر الاشباه والنظائر للسيوطي

ص ٩٧ .

(٣) معين الحكام للطرابلسي ١٥٥ .

فاذا حصل الايجاب مثلاً من جانب الوديع بأن قال شخص لآخر أودعنى هذا الكتاب فسكت المالك فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولاً لأن سكوته يتضمن الرضا بالإيجاب .

إذن القبول يمكن أن يستنتج من الظروف الملائمة ومن هنا قيل : ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان . وقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى (١) . بيان للحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولاً نظراً للظروف الملائمة فيما يأتي : لا ينسب لساكت قول فلو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت ولم ينه لم يكن وكيلاً لسكوته . ولورأى القاضى العصبى أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لا يكون إذناً في التجارة إلى أن قال وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق .

الاولى : سكوت البكر عند استثمار وإيهما قبل التزويج وبعده .
الثانية : سكوتها عند قبض مهرها . الثالثة : سكوتها إذا بلغت بكراً الرابعة : حلفت ألا تزوج فزوجها أبوها فسكت حنث . الخامسة : سكوت المتصدق عليه قبول الموهوب له . السادسة : سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن . السابعة : سكوت الوكيل قبول ويرتد برده . الثامنة : سكوت المقر له قبول ويرتد برده . التاسعة : سكوت المفوض له قبول التفويض وله رده . العاشرة : سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده وقيل لا . إلى أن قال السابعة والثلاثون سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة إذن كما في القنية . انتهى (٢) .

وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطى : لا ينسب إلى ساكت قول : هذه عبارة الشافعى رضى الله عنه . ولهذا لو سكوت عن وطء أمته لا يسقط المهر قطعاً أو عن

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى المصرى ص ١٥٤ الطبى

١٣٨٧ هـ (٢)

(٢) انظر الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٨ الطبى .

قطع عضو منه أو إتلاف شيء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط ضمانه
بلا خلاف إلى أن قال : وخرج عن هذه القاعدة صور منها البكر سكوتها في
التكاح إذن للآب والجد قطعاً ولسائر العصبة والحاكم في الأصح . ومنها سكوت
المدعى عليه عن الجواب بعد عرض اليمين عليه يجعله كالمتكبر الماكل وترد اليمين
على المدعى ... —

وقد جاء في معين الحكام (١) الباب السابع والأربعون في القضاء بأحكام
السكوت .

و السكوت رضا في مسائل : منها سكوت البكر عند استئثار الولي قبل التزويج
وبعد هذا لو زوجها الولي حتى لو زوج الجسد مع قيام الآب لا يكون سكوتها
رضا . ومنها سكوتها عند قبض مهرها أو قبض المهر أبوها أو من زوجها فسكتت
يكون إذناً بقبضه . ومنها إبراء مديونه فسكت يبرأ ولو رد يرتد برده

من هذه النصوص : يمكن أن نقول : أن السكوت يعتبر قبولاً إذا اقترنت
به ملاسات تجعل دلالة تنصرف إلى الرضاء أما الإيجاب : ليس كالقبول : أي
لا يصح أن يكون السكوت تعبيراً عن الإيجاب . لأن الإيجاب يتضمن العرض ،
وهو شيء لا بد أن يظهر به مادي من لفظ أو كتابة أو فعل . فالإيجاب لا يمكن
أن يستخلص من محض السكوت . أما القبول فيجوز استخلاصه ، من الظروف
الملاسة وهذا التحديد إنما يجرى على مذهب الحنفية الذين حددوا الإيجاب بما
يصدر أولاً من أحد العاقدين سواء كان كلاماً أو غيره وسواء كان بائعاً أو مشترياً
والقبول بما يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر متضمناً الموافقة بما صدر أولاً فبناء
على هذا الاصطلاح لا يتصور أن يكون الإيجاب بالسكوت . لأنه قد عرف بما
يصدر أولاً . فلا بد أن يكون عملاً مادياً حتى يفهم منه العرض والموافقة ولا يكفي

(١) انظر معين الحكام للطرابلسي ١٥٥ المطبعة الاميرية ١٣٠٠هـ .

(٢) انظر شرح المجلة العدلية للمحاسني الام للشافعي ٧٥ ص ١٣٣ ، ٩٣ .

صنع سنة ١٣٤٦هـ .

أن يكون سكوتا محضا . أما اصطلاح غير الحنفية فإن هذا التحديد لا يتفق معه
لأنهم عرفوا الإيجاب بما يصدر من المملك ، وإن تأخر والقبول بما صدر من
المتملك وإن تقدم . وعلى هذا فإنه يتصور أن يكون الإيجاب بطريق السكوت
ويمكن أن يصور هذا بما لو قال الوديع لصاحب المال : أودعنى سيارتك مثلا
فسكت هذا الأخير فالمتصور أن يتم الإيداع بذلك (١) .

المبحث الثاني

السكوت ... والإجازة

الإجازة عند اللغويين : الإنفاذ - أى التنفيذ - : جاء فى القاموس المحيط^(١) :
د أجاز له : سوع ، وأجاز له رأيه : أنهذه - كجوزه ، وأجاز له البيع أمضاه .

وعند الفقهاء : لا يخرج معناها - عندهم - عن معناها اللغوى . . فيستعملونها
فى إنفاذ العقود الموقوفة : بمعنى ترتيب أثرها عليها حينئذ تنفذ ، فقد جاء فى
الوجيز^(٢) - (فبيع الفضولى مال غيره لا يقف على إجازته - على المذهب الجديد -
... وكذلك بيع الغاصب - وإن كثرت تصرفاته فى أثمان المبيعات - على أقس
الوجهين - فيحكم ببطالان الكل ... ولو باع مال أبيه - على ظن أنه حتى فإذا
هو ميت والمبيع ملك البائع - حكم بصحة البيع . . على أسد^(٣) القولين) .

ويجوز على السنة الفقهاء قولهم : إن العقد الموقوف ينفذ ، وترتب عليه
آثاره ... بإجازته بمن له ولاية لإنفاذه .

والإجازة بمعنى الإنفاذ . لا بد أن تتوافر لها الأمور الآتية :

أولاً - فى المجاز تصرفه - وهو من تولى التصرف بلا ولاية - كالفضولى
- وهو من يتدخل فى شئون الغير دون توكيل ، أو نيابة . . جاء فى القوانين
الفقهية لابن جزى : (فأما الشراء لأحد بغير إذنه ، أو البيع له كذلك - أى بغير
إذنه - فهو بيع الفضولى^(٤) ... فينقذ ، ويتوقف على إذن ربه - أى صاحبه -
وقال الشافعى : لا ينقذ . .) .

(١) يباب الزاى فصل الجيم مادة (جاز) .

(٢) الوجيز ج ١ ص ١٣٤ .

(٣) أسد : أى أحسن وأصح من : قول سقيد وراى سديد .

ويشترط في المجاز تصرفه : أن يكون من ينمقد به التصرف كالبائع العاقل والصغير المميز - في بعض تصرفاته - .

أما إذا كان المباشر غير أهل لعقد التصرف - أصلاً - كالمجنون، والصغير غير المميز ... فإن التصرف يقع باطلاً غير قابل للإجازة (١) ، لأن الطفل لم يكن يملك البيع عند العقل (٢) .

ثانياً . - في المجيز - وهو من يملك التصرف سواء أكان أصيلاً ، أم وكيلًا ، أم وليًا ، أم وصياً يشترط فيه (٣) : أن يكون عالماً ببقاء محل التصرف أما عليه بالتصرف الذي أجازته ... فظاهر ... وأما عليه ببقاء محل التصرف ... فقد جاء في الهداية مع فتح القدير : (ولو أجاز المالك - في حياته وهو لا يعلم حال المبيع - جاز البيع في قول أبي يوسف أولاً - وهو قول محمد ؛ لأن الأصل بقاءه ... ثم رجع أبو يوسف فقال : لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة ، فلا يثبت مع الشك ... وهو ما ذهب إليه المالكية أيضاً (٤) .

ولا يخلو المجيز من أن يكون واحداً ... أو أكثر ... فإن كان واحداً فظاهر ... وإن كان أكثر من فرد فلا بد من اتفاق جميع من لهم الإجازة ، حتى تلحق التصرف إذا كان لكل واحد منهم حق الإجازة كاملاً .. فإن اختلفوا - بأن أجازته البعض ورده البعض الآخر ... قدم الرد على الإجازة ... كما لو جمل

(١) انظر : القوانين الفقهية لابن خزى ص ٢٤٥ .

(٢) انظر : جامع الفصوليين ج ١ ص ٣٢٤ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٩٥ ، نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٤٣ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٩١ .

(٤) انظر : الهداية مع فتح القدير ج ٥ ص ٣١٣ ، وحاشية الدسوقي

ج ٣ ص ١٢ .

خيار الشرط إلى شخصين ، فأجاز البيع أحدهما ، وامتنع الآخر عن الإجازة ...
لم تلتحق الإجازة بالتصرف^(١) .

أما إن كانت الإجازة قابلة للتجزئة — كما إذا تصرف فضولي في مال مشترك — فالإجازة تنفذ في حق المميز دون شركائه .

١ - كما يشترط في المميز — لكي تصح إجازته — أن يكون أهلا لمباشرة التصرفات وقت الإجازة ... فإن كان التصرف (هبة) وجب أن تتوافر فيه أهلية (التمرع) وإن كان التصرف (بيعاً) وجب أن تتوافر في المميز (أهلية التعاقد) ... وهكذا . لأن الإجازة لها حكم الإنشاء . . فيجب فيها — من الشروط — ما يجب في الإنشاء .

٣ - كما يشترط في المميز : أن يكون موجوداً حال وقوع التصرف ؛ لأن كل تصرف حين يقع ولا يوجد مميز له عند وقوعه — يقع باطلاً والباطل لا تلتحقه الإجازة .

فإذا باع الصغير المميز ، ثم بلغ قبل إجازة الولى تصرفه . . فأجاز تصرفه بنفسه . . جاز ، لأن له ولية يجيزه حال العقد^(٢) .

٤ — ويشترط الشافعية — أن يكون من تولى الإجازة مالكا للتصرف عند العقد فلو باع الفضولي مال الطفل فبلغ الطفل فأجاز ذلك البيع . . لم ينفذ ، لأن الطفل لم يكن يملك البيع عند العقد^(٣) .

ثالثاً : التصرف المجاز (وهو محل الإجازة ، وقد يكون قولاً أو فعلاً) .

(١) انظر : أرسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٢ ص ٤٨ ، ٤٩ .

(٢) انظر : جامع الفضولين ج ٤ ص ٣١٤ — حاشية الدسوقي ج ٣

ص ١٢ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ج ٣ ص ٣٩١ .

(١) إما إجازة الأقوال ... متلحق بجميع التصرفات القولية ... لكن يشترط لها شروط هي :

١ — أن يكون التصرف قد وقع صحيحا ، فالعقد غير الصحيح لا تلحقه الإجازة ... كبيع الميتة ، فهو غير منعقد أصلا ، فهو غير موجود إلا من حيث الصورة فحسب ... والإجازة لا تلحق المعدوم ..

ويبطل العقد الموقوف وغير اللازم برد من له الإجازة .. فإذا رده فقد بطل .. ولا تلحقه الإجازة بعد ذلك^(١) .

٢ — أن يكون التصرف صحيحا ، غير نافذ (أى موقوف) كهبة المريض . مرض الموت فيما زاد على الثلث^(٢) .

٣ — أن يكون المعقود عليه قائما وقت الإجازة ، فإن فات المعقود عليه ، فإن العقد لا يلحقه الإجازة ، لأن الإجازة تصرف في العقد ، فلا بد من قيام العقد بقيام العاقدين ، والمعقود عليه^(٣) .

(ب) أما إجازة الأفعال ... فلا تخلو من أن تكون أفعال (إيجاب) أو (أفعال إلتاف) ...

(١) فإن كانت (أفعال إيجاب) فإن الإجازة لا تلحقها - عند الإمام أبي حنيفة وروايات سن المالكية ، والشافعية ، وأحمد .

فإن الغاصب إذا أعطى المخصوب لاجنبي - بأى تصرف - فأجاز المالك ذلك

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٤١ - حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١١ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٩ .

(٣) انظر : شرح الزرقاني ج ٦ ص ١٩ . - جامع الفضولين ج ١ .

فصل ١٧ -

فإن الناصب - مع هذا - يكون ضامنا ، لأن الإجازة لاتلحق (الأفعال) ولأن الرضا بتصرف الناصب لايجعل يده يد أمانة ، فضلا عن أن تصرفات الناصب في العين المغصوبة حرام ، ولا يملك أحد إجازة تصرف حرام .

وبرى الإمام محمد بن الحسن أن إجازة المالك لتصرف الناصب صحيحة ، وتبرى ذمته ، وتسقط عنه الضمان (١) .

(ب) أما إن كانت (أفعال إتلاف) ... فالحنفية ، ورواية المالكية والشافعية يرون أن الإجازة لاتلحق (أفعال الإتلاف) .

فليس للولي أن يهب مال الصغير ، لأن الهبة إتلاف ... فإن فعل ذلك كان ضامنا ... فإن بلغ الصبي ، وأجاز هبة وليه ... لم تجز ، لأن الإجازة لاتلحق أفعال الإتلاف .

أما الحنابلة (٢) ... فيفرون بين ما إذا كان الولي (أباً) أو (غير أب) ... فإن كان أباً ... فلا يعتبر متعديا ، لأن له حق تملك مال ولده ، لحديث : دأت ومالك لا يملك (٣) رواه ابن ماجه .

وإن كان الولي (غير أب) ... فهم مع الجمهور في عدم نفاذ الإجازة ، ويعلمون ذلك بأن تصرفات الولي منوطه بمصلحة ... والتبرعات إتلاف ، فتقع باطلة ... فلا تلحقها الإجازة (٤) .

رابعا : صيغة الإجازة : (أو ... بهم تتحقق الإجازة) ؟

(١) انظر : كشف القناع ج ٤ ص ٩٥ . الام - للشافعي ج ٣ ص ٢٥٢ - وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٦ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٦٩٨ .

(٣) انظر : الفتح الكبير ج ١ ص ٢٧٧ .

(٤) انظر : حاشية القليوبي ج ٢ ص ٣٧ ، حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٦ ، والخطاب ومنج الجليل ج ٣ ص ١٧٩ .

- ١٧٥ -

الإجازة تتحقق بكل ما يفيد الرضا صراحة ، أو دلالة .. من قول .. أو فعل .. فنكون باللفظ .. وما يقوم مقامه كالكتابة ، أو الإشارة عن لا يستطيع النطق ..

وسواء كانت بالعربية أم بأية لغة من اللغات .. من كل عبارة تدل على الإنقاذ والرضا : (كأجرت - ورضيت - ووافقت) ... وهي إما صريحة - إذا دلت على ذلك صراحة .. كأجرت .. وأنقذت) .. أو غير صريحة - إذا دلت على ذلك بطريق اللزوم .. وبالإشارة : كأن يقول (نعم) ما صممت ١١ ، أو بارك الله لنا فيما فعلت ١١) .

وتكون (بالفعل) إذا ما كان هذا الفعل أثراً للعقد ، وتوقفت سلامته عليه .. كقبض المهر .. ودفعه .. وإرساله .. ونحو ذلك من كل ما يدل على الرضا .

وكذا لو علمت المرأة بالعقد ، وما سمي لها فيه - من المهر - فلم يصدر منها لفظ إجازة ... ولكن مكنت الزوج من نفسها .. كان تمكينها له كإجازة للعقد والمهر معا ، حيث وقع التمكين بالوطء ، أو بمقدماته - بعد العلم بالعقد أو التسمية .

فأما لو جهلت العقد لم يكن التمكين لإجازة ... وتحدد إن مكنته من نفسها ، لأنها تعتبر زانية ، ما لم تلحق منها الإجازة بعد أن تعلم سقوط الحد للشبهة ، وهو تعذر العقد ...

وأما لو علمت العقد ، وجهلت التسمية فلا إشكال في أن التسمية تبقى موقوفة على إجازتها ... وقد يبقى العقد موقوفا أيضا ، فيبطل ، إذا أرادت التسمية ، ولم ترض بها (١) .

. . .

(١) أنظر : التاج المذهب ج ٢ ص ٥٥ ، جامع الفضوليين ج ١١ ص ٣١٥ ، والبحر الرائق ج ٦ ص ١٤٨ .

- ١٧٩ -

وبما تقدم نعلم أن الإجازة تتحقق بالقول .. أو بالفعل .. أو بمضى المدة في التصرفات الموقوفة .. كمضى مدة الخيار ، في خيار الشرط^(١) .. أو بالقرائن القوية كالكسوت في موطن الحاجة وإلى الإبطال ، كالكسوت صاحب الحاجة عند رؤية حاجته يبيعها صغير يميز في السوق وغيرها^(٢) .

لكن ... هل يعد الكسوت ... إجازة ؟

قلنا : إن الإجازة تكون بكل ما يفيد الرضا : من قول ، أو فعل ، فهل تكون الإجازة أيضا .. (بالكسوت) عند العلم بالعقد ، أو بالتصرف ، أو عند مشاهدته ؟ ..

من القواعد التي ذكرها الفقهاء أنه لا ينسب إلى ساكت قول ... ومقتضى هذه القاعدة أن الكسوت لا يعد (إجازة قولية) ... كما أنه لا يعد (فعلا من الأفعال) وذلك كله لا يثنى أنه قد يفيد الرضا - وإن لم يكن قولاً ولا فعلاً .

ومن الظاهر أن إفادته الرضا مردها إلى القرائن التي تحيط به ، وقد جاء (في كتاب الاشباه والنظائر) : أن الوكالة لا تثبت بالكسوت ... فإذا رأى أجنبياً يبيع ماله ، فسكت ، ولم ينه .. لم يكن سكوته توكيلاً - خلافاً لابن أبي ليلى ... وأن الكسوت لا يعد إذناً للصبي ... والممتوه - بالصرف ، إذا كان من القاضى ، وحدث الكسوت منه وقت تصرفه ... وكذلك لا يعد سكوت المهرتن (إذناً) للراهن ببيع العين المرهونة ... ولا يكون إذناً بإتلاف المال ، إذا مارأى غيره يتلف ماله فسكت ..

وإذا كانت الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ... لا تثبت به الإذن ... لا تثبت به الإجازة ..

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٣ ص ٥٨٦ ،

(٢) انظر حاشية الدسوقي ج ٣ ص ١٢ / دار الفكر .

١٧٧ -

وبناء على ذلك ... لا يكون السكوت إجازة فيما ذكرنا من المسائل ، ولا فيما يشبهها .

ويترتب على ذلك أن السكوت لا يعد إجازة ، كما لا يعد إذا ... إلا أن العقهاء قد استغنوا من هذا المبدأ مسائل عديدة ، اعتبر فيها السكوت (رضا - وإجازة) : سكوت البكر البالغة بعد تزويج وليها إياها ... وسكوتها بعض قبض وليها - مهرها ... وسكوتها إذا بلغت - وقد زوجها غير أبيها وجدها . وسكوت الواهب عند قبض الموهوب له العين الموهوبة في حضرته .. وسكوت الموقوف عليه ، بعد الوقف عليه ... وسكوت الولي إذا رأى الصبي المميز يبيع عليه ويشتري له ... وسكوت الإنسان عند رؤيته غيره يثق زقه (١) .. إلى غير ذلك من المسائل التي ذكروها .

وفي كتاب جامع الفصولين : أن سكوت المالك الحاضر وقت بيع الفضولي لا يعد إجازة ... وذكر الخبر الرمل : أن صاحب المحيط ذكر أن سكوته - أي المالك - عند البيع ، وقبض المشتري المبيع بعد رضا وإجازة ... قال صاحب جامع الفصولين : يرد الحكم في ذلك إلى القرائن ، إذ العبرة في (الإجازة) إنما هو بتحقيق الرضا بالتصرف - بأي دليل يدل عليه ... وهذا عند الحنفية (٢)

(١) زقه .. وعاء لبنه ..

(٢) أنظر ابن عابدين ج ٢ ص ٣٨٣ .

المبحث الثالث

هل السكوت يعتبر إذناً في التصرف ؟

يقول ابن نجيم في كتابه : الاشباه والنظائر (١) : (القاعدة الثانية عشر : لا ينسب إلى ساكت قول) .. فلو رأى أجنبياً يبيع ماله ، فسكت ، ولم ينه ... لم يكن الأجنبي وكيلًا ... بسكوته (أى بسكوت مالك المال) ... ولو رأى القاضي الصبي ، أو المعتوه ، أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت ... لا يكون إذناً في التجارة ولو رأى المرتهن الراهن ؟ يبيع الرهن ، فسكت .. لا يبطل الرهن ، ولا يكون رضا — في رواية — .. ولو رأى غيره يتلف ماله ، فسكت لا يكون إذناً بإتلافه ... ولو رأى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك ، فسكت .. لم يكن إذناً — كما ذكره الزيلعي في المأثور — ولو سكت عن وطء أخته لم يسقط المهر .. وكذا عن قطع عضوه — أخذاً من سكوته عند إتلاف ماله ... ولو رأى المالك رجلاً يبيع متاعه — وهو حاضر ساكت — لا يكون رضاعنداً — خلافاً لابن أبي ليلى ... ولو رأى قننه — عبده — يتزوج ، فسكت ولم ينه .. لا يصير إذناً له في النكاح ... إلى أن قال : .. وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة لا يكون السكوت فيها كالنطق : — منها : —

المسألة السادسة : سكوت المالك عند قبض الموهوب له ، أو المتصدق عليه

لأن ..

المسألة الرابعة عشرة : سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع — حين رأى المشتري (قد) قبض المبيع لأن قبضه ، صحيحاً كان البيع أم فاسداً .

(١) انظر : الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٤ طبعة الحلبي

سنة ١٩٦٨ م .

- ١٧٩ -

المسألة السادسة عشرة : سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ، ويشترى الإذن في التجارة .

المسألة الثامنة والعشرون : سكوت ولي الصبي العاقل إذا رآه يبيع ، ويشترى الإذن .

المسألة السابعة والثلاثون : سكوت الراهن عند قبض المرتن العين المرهونة الإذن - كما في القضية (١) . . . (انتهى) .

وليبيان ما قاله ابن نجيم نقول : -

ما الإذن ؟ . . . يقول القاموس : أذن بالشئ - كسمع - إذا - بالكسر وأذناً وأذانة . . علم به . . (وفعله بإذن . . . بعلى) - (وأذن له في الشئ) أباحه له . . .

والإذن - عند الفقهاء - له عدة تعريفات . . نختار منها أنه : فك الحجر مما رتب عليه الشارع حكماً شرعياً ، مما يعد من الأسباب الشرعية (٢) .

ويفهم من هذا التعريف أن الإذن يكون في التصرفات الممنوعة لتعلق حق من الحقوق التي تسقط بالإذن . . . كالإذن العبد بأن يخدم فلاناً يوم كذا . . . والإذن له بأن يذهب إلى السوق لشراء حاجة المنزل ، من النفقة أو الكسوة لا يعد من قبيل الإذن المصطلح عليه ، الذي يكون به العبد مأثوراً . . . وكذلك الإذن للعمال المستأجرين ، أو المتبرعين بالعمل فيما هو مملوك للإذن للإصلاح ونحوه . .

(١) انظر الاشباه والنظائر ص ١٥٥ - ١٥٦ .

(٢) انظر القاموس المحيط مادة (أذن) .

(٣) انظر تبين الحقائق ج ٥ للزليعي ص ٢٠٣ وثبين الحقائق وحاشية

الشلبى عليها ج ٣ ص ٢٠٤ .

- ١٨٠ -

لا يكون إنما بالمعنى السابق . . . وإنما يعد ذلك وأمثاله من قبيل الاستخدام ، أو التوكيل ، والائابة . .

كما أنه يفهم من تعريف (الإذن) السابق . . أنه يمكن أن يكون الإذن من قبيل الوكالة في كثير من أحواله . . . وذلك إذا كان المأذون أصلاً فيها .

وعلى هذا يكون الإذن أشمل من الوكالة . . فكل وكالة تعد إذا بما وكل فيه ولكن لا يعد كل إذن (وكالة) . . فقد يؤذن بالعمل من لا يصلح أن يكون وكيلاً فيه — كالصبي قبل بلوغه سن التمييز . . . وقد يأذن من لا يجوز منه التوكيل فيما أذن به ، لأنه لا يملك أن يباشره كالمرتهن يأذن للراهن ببيع العين المرهونة .

كما يلاحظ من تعريفنا السابق للإذن . . والإجازة الفروق التالية بينهما :

١ - فالإجازة . . قد تكون تنفيذاً لتصرف موقوف . . ومن ثم يترتب عليها استتباع هذا التصرف لأنواره المترتبة عليه . . . أو تكون امضاءً لعقد غير لازم ، وإبرامه . . . ومن ثم يترتب عليه سقوط الحق في فسخه ممن أجازته ، كما في البيع بشرط الخيار . . يميزه من شرط له الخيار . . . وكما في شراء عين قبل رويتها بجزء المشتري بعد رؤيتها ، وعلى ذلك لا تكون الا تالية للتصرف .

٢ - أما الإذن . . فيكون سابقاً على التصرف . . وإذا كان وكالة ، أو في معناها . . . ومن ثم يكون التصرف الصادر بمقتضاه . . تصرفاً من ذى ولاية . . بخلاف التصرف الصادر قبل الإجازة ، فإنه يكون من غير ذى ولاية .

٣ - وقد جاء في حاشية ابن عابدين - الفرق بينهما :

أن الإذن إنما يكون لما سيقع . . . والإجازة إنما تكون لما وقع . . . وأن الإذن يكون بمعنى الإجازة . . إذا حدث بعد التصرف وكان الأمر وقع وعلم به الآذن .

وهنا ملاحظة : وهي أن الإنان أو الوكالة يكون في كل مايجوز للإنان أو الموكل مباشرة من التصرفات والأفعال .

أما الإجازة فلا تكون في كل تصرف يصدر ... وإنما تختص بالتصرفات المؤقتة بسبب يرجع إلى نقص الوكالة ، أو عدمها ، أو تعلق حق الغير .. (على ما سيجه بيانه) .

كما يلاحظ أن الإنان بالعقد أو التصرف يعد توكيلا فيه ، فيقبل الرجوع عنه قبل حدوثه من المأذون له .

أما الإجازة فتستتبع أثرها في الحال .. ومن ثم لا يقبل الرجوع فيها من المجيز ، إذ بمجرد الإجازة ينفذ العقد ... وإذا نفذ لم يتوقف نفاذه (١) .

الإنان ... والسكوت :

يم يكون الإنان ؟ وهل يمكن أن يعتمر السكوت انما ؟ .

١ - يقول الحنفية — ماعدا أبا يوسف : إن الإنان كما يكون بالتصريح يمكن أن يكون بالدلالة ... فلورأى عبده يبيع ويشترى فسكت .. صا العبد — مأذونا ... وإنما جعل السكوت — في مثل هذا — إنانا ، لأن هذا موضع يجب البيان فيه ، لأن الناس يعاملون هذا العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم له قد تفضى الى حقوق ديون عليه ... فإذا لم يكن مأذونا تتأخر المطالبة الى ما بعد العتق ... وقد يعتق ، وقد لا يعتق .. وفي ذلك اضرار بالمتعاملين ، فيكون السكوت هنا في موضع الحاجة الى البيان ... والسكوت في موضع الحاجة الى بيان ... بيان .

(١) البحر الرائق ج ٢ ص ١٥٠ — جامع الفضولين ج ١ ص ٢٣١ .

أما أبو يوسف ... فقد ذهب الى أنه ليس انذا ... وعلل ذلك بقوله :
لأن السكوت يحتمل الرضا .. وفرط الغيظ .. وقلة الالتفات إلى تصرفه ، لعله
بأنه محجور .. والمحتمل لأمور لا يكون حجة على واحد منها .

وخلاصة القول في ذلك ... أن الأصل في الاذن أن يكون صريحا بدلالة
لفظ .. أو كتابة .. أو إشارة مفهومة .. وإنذا كان من قبيل مباشرة التصرف
كان من قبيل التوكيل - عند كثير من الفقهاء - إنذا كان فيما يجوز فيه التوكيل
من الآن ... كالإذن ببيع شيء معين يصدر من مالكة لمن يجوز له مباشرة
البيع ، وهو البالغ العاقل ، أو الصبي المميز ، مع مراعاة أن يكون المأذون فيه
ما يملك الآن مباشرة ..

أما إنذا كان لا يملك مباشرة استقلالا فيصير (انذا) .. لا (توكيلا) ،
كما في الاذن للراهن من المرتهن أن يبيع العين المرهونة ، فإن ذلك لا يعد توكيلا ،
إذ لا يוכל مالك في بيع ما يملك .

وأما إذا كان بعد مباشرة التصرف فهو ما يعرف (بالإجازة) .

والقاعدة : أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .. وإذا كان لها حكم الوكالة
السابقة كان لها حكم الاذن من طريق أولى ... إذا كان فيما لا يجوز فيه
التوكيل ، كما في إجازة : المرتهن يبيع الراهن للعين المرهونة ، وإجازة المستأجر
للمالك يبيع العين المستأجرة ... يباشره مالكها في مدة الإجازة .

والإجازة قد تكون صريحة : كأجزت ... ورضيت وقد تكون دلالة
كما في أحوال السكوت المعتبر لإجازة لها حكم الاذن السابق .

وقد ذكر الجتية في هذا الباب فروعا يعتبر فيها السكوت (إجازة) و
(انذا) ... وأخرى لا يعتبر ...

ومن النوع الاول - عندهم - إذا رأى المالك أجنبيا يبيع ماله فسكت ، ولم ينهه .. لم يكن ذلك إجازة لبيعه .

ولو رأى المرتن الراهن يبيع الرهن .. فسكت لا يكون إنذا ، ولا يبطل الرهن .

ولذكروا - بما خالف ذلك - سكوت البكر عند استثمار وليها ، بعد الإجازة ... وسكوتها عند قبض مهرها ... وسكوتها إنذا بلغت وهي بكر ... وسكوت الواهب عند قبض الموهوب إنذن بالقبض ... وسكوت للبائع عند قبض المشتري المبيع قبل دفع الثمن .. إنذن .

وسكوت الموكل عند إخباره من الوكيل أنه يشتري لنفسه .. إنذن . وسكوت ولي الصبي العاقل - إنذا رآه يبيع ويشترى - إنذن (١) .

٢ - أما المسالكية : - فيرون أن الإنذن يكون صراحة .. ويكون ضمنا : كشرائه - لمن أريد إنذنه - بضاعة ، ووضعها بمحاث - مثلا - وأمره بمجلسه للتجارة بها ... وككاتبته ... لأنها إنذن حكما ؛ لإحرازه بها نفسه ، وماله .

وقال الهدوى : (لامانع من أن يجمل من (الإنذن الحكيم) ترشيد السيد له بأن يقول : رشدتك) (٢) .

٣ - أما الشافعية .. فقالوا : لا الإنذن (لا بد أن يكون صراحة ، فلا يصير الرقيق مأنونا له بسكوت سيده على تصرفه ، لأن ما يكون الإنذن شرطا فيه .. لا يكفي فيه السكوت ، كببيع مال غيره وهو ساكت .. وخرج من ذلك - بمقتضى

(١) انظر الهداية والعناية ج ٧ ص ٣٣٥ - المطبعة الاميرية -

الاشباه والنظائر لابن نجيم الحلبي ص ١٥٤ - ١٥٥ .

(٢) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٣٠٤ ،

الحديث — سكوت البكر في النكاح .. بعد إندنا .. إندنا زوجها الأب أو الجد
اتفاقا — أو أحد العصبية على الأصح (١) .

٤ - أما الحنابلة ... فذهبوا مذهب الشافعية . من حيث وجوب التصريح
فإن رأى السيد عبده ... والولى صفيه يتجر .. فلم ينه .. لم يصرمأذونا ، لأنه
تصرف يفتقر إلى الإذن ... فلم يقيم السكوت مقام الإذن ، كما لو باع الراهن
رهنه ، والمرتهن ساكت ... أو باعه المرتهن .. والراهن ساكت ، وكتصرفات
الاجانب (٢) .

٥ - أما الظاهرية : - فقد جاء عنهم - في المحلى : (والصبي لا ينفذ تصرفه
في ماله ، ولا يجوز .. إلا أن يبلغ رشيدا) ومعنى الرشد عندهم (الدين) وعكسه
(الفنى) ، لا المعرفة بكسب المال ، والصالح في تدييره ، وصرفه ... ومن ذلك
يظهر أنه ليس كل من العبد والصبي في حاجة إلى (إندنا) إنما تصرفا . لأن تصرف
الأول في ماله نافذ ، كتصرف الحر ... وتصرف الثاني في ماله غير جائز ،
ولا أثر للإذن فيه (٣) .

٦ - أما الزيدية ... فيرون إندنا يصير العبد ، والصبي مأذونين حيث صارا
مميزين ، وأذن لهما وليهما إندنا عاما ، أو خاصا ..

وإذا نطق وليهما بالإذن .. صح تصرفه .. فإن رآه يتصرف ، وسكت
عنه صار مأذونا في كل شيء ، وفي بيع ما اشتراه .. إلا إذا كان يبيع مال سيده
فإن السكوت لا يكفي (٤) .

(١) مفنى المحتاج ج ٢ ص ١٠٠ طبع الحلبي — والاشباه والنظائر
للسيوطي ص ١٥٣ .

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة المقدسى ج ٤ ص ٦٠٦ — المنار .

(٣) انظر المحلى لابن حزم ص ٤٠٠ .

(٤) البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٢ .

٧ وقال الإمامية : - والإذن لا يكون بالسكوت ، ولا يترتب عليه أثره من نفاذ ما أذن فيه ... إلا إذا كان صريحاً ، فلو تصرف العبد أمام سيده ، فلم يعترض ، ولم ينه لم يكن ذلك إذناً^(١) .

(إذن الصبي بالتجارة ... وإذن البكر في الزواج)

أولاً : إذن الصبي بالتجارة :

الصبي المأذون له في التجارة ... هل يصح تصرفه مطلقاً ؟ أم يقتصر على التصرف المأذون له فيه ؟ .

١ - يرى الحنفية أنه إذا أذن للصبي أو المغمورة الذي يعقل البيع والشراء ... وليه ... فهو في الشراء والبيع لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون مأذوناً له بسكوت الولي حينما يراه يبيع ويشترى .

ويجوز بيعه بغير فاحش - عند أبي حنيفة ...

والمراد بكونه يعقل البيع والشراء أن يعلم أنه (أى المبيع) مباح للملك ، (والشراء) حالب له ... وأن يقصد به الربح ، ويعرف الغبن اليسير من الفاحش^(٢) .

٢ - أما المالكية ... فقد جاء في الشرح الكبير - بخصوص الإذن - : (ولو أذن له في نوع خاص - كالنز - فكوكيل مفوض ، فيما أذن له فيه ، وفي غيره من بقية الأنواع ... فإنما تصرف في غير ذلك النوع الذي أذن له فيه ... كان تصرفه ماضياً ، بل وجائزاً ابتداء ... خلافاً لما ذكره « عبد الباقي » من مضيئه بعد الوقوع ، وإن كان غير جائز ابتداء .

(١) تحرير الأحكام / للحلي ج ١ ص ٢٠١ .

(٢) الزيلعي ج ٢ ص ٢٠٧ .

والحاصل أن في - واز القدوم على التصرف في غير ما أنن له فيه - ولو
اشتهر منه منه - خلافا ..

والمتعمد .. الجراز - كمال قال العدوى .. والحكم - إنما صار ما أننا
له قد بينه في الشرح الكبير .. والبسوق^(١) .. فقال : (وله أن يضع عن بعض
غرمائه من دين له عليه .. بالمعروف .. وأن يؤخر غريماً بما حل عليه ، ما لم
يبعد التأخير ... وإلا منع .. والبعد - أيضاً - معتبر بالعرف ... ويضيف
بطعام يدعو له الناس ، وله الإجازة إن استألف - أي تألفاً للتجار -

أما الصغير المميز ... فقد جاء في مواهب الجليل^(٢) مانعه :

و المراد بالإذن في قولنا : إنما باع المحصور عليه ، أو اشترى بغير إذن وليه
أن يأذن له في خصوصية العقد المفروض ... وليس المراد أن يأذن له في البيع
والشراء على العموم ... كما يأذن السيد لعبده في التجارة ... فإن ذلك لا يقصد ...
قال في أواخر كتاب المديان ٩٤ من المدونة : وإنما عقل الصبي التجارة ، فأذن له
أبوه ، أو وصيه أن يتجر ... لم يجز إليك الإذن ، لأنه مولى عليه .

٣ - أما الشافعية ... فيرون أن الصبي المميز لا يصح تصرفه - ولو أنن
له الولي فيه ... وقد دل على ذلك ما جاء في معنى المحتاج^(٣) :

و شرط الماقد - عندهم - بانما ، أو مشتريا - الرشد ، وهو أن يتصرف
بالبلوغ ، والصلاح لدينه ، وماله ... فلا يصح من صبي - وإن قصد اختباره .

وقد جاء في اختبار الصبي أنه قبيل البلوغ ، أو عنده ... وحجر الصبي يرتفع
ببلوغه رشيداً ... ويمتبر رشداً الصبي .. ويختلف بالمراتب : فيعتبر ولد التاجر

(١) الشرح الكبير ، والنسوق ج ٣ ص ٣٠٤ .

(٢) انظر مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٤٧ .

(٣) انظر : معنى المحتاج ج ٢ ص ٧٠ .

بالببيع والشراء ، والمماكسة فيهما ... وولد الزارع بالزراعة ... والنفقة على القوام بها ... والمحترف بما يتعلم بحرفته ، (١) .

٤ - أما الحنابلة ... فقد جاء في المغنى (٢) : - . « أما الصبي المميز فقد ذكر صاحب المقنع .. والمقدمي : أنه يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة - في إحدى الروايتين - ويصح تصرفه بالإذن .

والثانية : لا يصح حتى يبلغ - وهو قول الشافعي ، لأنه غير مكلف ، فأشبهه غير المميز . ولأن العقل لا يمكن الوقوف فيه على الحمد الذي يصلح به للتصرف تخفائه ، وزيادته تزايداً خفي التدرج ، فجعل الشارع له ضابطاً .. وهو البلوغ - فلا يثبت له أحكام العقل قبل وجود المظنة .

ولكن الراجح - عند الحنابلة - أنه يجوز التصرف من الصبي المميز مع الإذن . لكن يقتصر التصرف - فقط - على ما أذن له فيه .

٥ - أما الزيدية ... فقد ذهبوا إلى جواز الإذن بالتجارة للعبد ، والصبي المميزين ، فقد جاء في البحر الزخار : « وإنما يصير الصبي والعبد مأذونين حيث صارا مميزين ، وأذن لهما وليهما إذا عاها ، أو خاصاً - ألقا أو سكوتاً (٣) » .

٦ - و يرى الإمامية ... عدم جواز الإذن للصبي الذي لم يبلغ الحلم - بالتصرف في ماله ييماً ، وشراء ... فقد جاء في كتاب : تحرير الأحكام للحلي : « هل يجوز تصرف الصبي المميز - فيما أمن له الولي فيه .. أولاً ؟ الأقرب عدم جواز ذلك ... وكذلك الحكم لو تصرف بغير إذن الولي .. فلا يتوقف على الإجازة .. ويقع باطلاً .

(١) - المرجع السابق .

(٢) المغنى ج ٥ ص ٢٠٠ - الشرح الكبير ج ٤ ص ٦٠٥ -

(٣) انظر : البحر الزخار ج ٣ ص ٣٠٢ .

ثانيا : إذن البكر في الزواج .-

١ - مذهب الحنفية . . قال الحنفية : إنه لا إيجاب للولي على البكر البالغة في الزواج ، ولذا لا بد من إذنها . .

وجاء في الفتح القدير ، والهداية (١) . « ولا يجوز للولي إيجاب البكر البالغة على النكاح ، لأنها حرة ، مخاطبة . فلا يكون للغير عليها ولاية . والولاية على الصغيرة ، لقصور عقلها ، وقد كمل بالبلوغ . .

ومعنى الإيجاب أن يباشر عقد الزواج عليها ، شاءت ، أو أبى . وإنما استأذنها ، فسكتت ، أو ضحككت . . فهو إذن .

والمراد بالسكوت : السكوت الاختياري ، فلو أخذها سعال أو عطاس ، أو أخذ فمها ، فتخلعت من ذلك ، فردت . . ارتد .

ولا فرق بين العلم والجهل . . . فإن السكوت رضا . . حتى لو زوجها أبوها فسكتت ، وهي لا تعلم أن السكوت رضا . . . جاز .

ولو تبسمت . . يكون إذنا - في الصحيح . . .

وإنما كان السكوت (رضا) ، لأن جائب الرضا فيه راجح ، لأنها تستحي من إظهار الرغبة . . . لا عن الرد . . بخلاف ما إذا بكى ، لأنه - أي البكاء - دليل السخط والكراهية .

وإنما كان السكوت (إذنا) ورضا . . لما تقدم ، ولقوله ﷺ : « البكر تستأمر في نفسها ، فإن سكنت فقد رضيت » .

وإنما استأمنها غير الولي ، أو ولي غيره أولى منه - كالأخ مع وجود الأب

(١) انظر : الفتح القدير ، والهداية ج ٢ ص ٣٩٥ .

— ١٨٩ —

لم يكن سكوتها ، ولا ضحكها لئذا ، ورضا . . . هل لابد من أن تتكلم بالإذن ، لأن هذا السكوت لقلة الالتفات ، فلم يقع دلالة على الرضا . . بخلاف ما إذا كان المستأمر — أى المستأذن — رسول الولي ، فإن سكوتها حينئذ يكون لئذا لأنه قائم مقام الولي (١) .

٢ — أما المالكية . . . فيرون أن الولاية في تزويج البكر البالغة ولاية إجبار لا يبيها . . . فلا ضرورة لإعائها . . . إلا إذا كانت قد رشدت ، أو كان المزوج غير الأب ، ووصيه . . . فقد جاء في الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي عليه ما حاصله (٢) : « ثم جبر — بعد المالك — أب رشيد ، وإلا يكن رشيدا — بل كان سفيها — فالذي يجبرها وليه . . . والمختار أن عدم الرشد هنا فقد التمييز . »

وجبر الأب المجنونة المطلقة — ولو ثيبا ، أو ولدت الأولاد — لأن تفريق فتتظر إفاقتها : إن كانت ثيبا بالما ، فإذا أفاقت فلا تزوج إلا برضا . . . وأما إذا كانت بكرا فإنه يجبرها — ولو كانت عانسا . .

ولا تنتظر إفاقتها لو كانت مجنونة تفريق أحيانا — إلا إذا زوجها لذي عاهة كخصى .

وما ذكر بن جبر البكر — ولو عانسا — هو المشهور . . خلافا لابن وهب حيث قال : — « للأب جبر البكر ما لم تكن عانسا ، — لأنها لما عنفت صارت كالثيب . »

ومنشأ الخلاف هو : هل العلة في الجبر البكرة — وهي موجودة . . . أو الجمل بمصالح النساء — وهي مفقودة — ؟

(١) المرجع السابق .

(٢) الشرح الكبير ، وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٢٢ .

- ١٩٠ -

ويجبر الثيب - ولو بنكاح صحيح - ان صغرت أو كبرت : بأن عيرت
ويثبت بمارض ، كوثبة ، أو ضربة ، أو بحرام : زنا ، أو غصب .

ولا يجبر بكراً رشدت بعد البلوغ ، بأن قال لها : رشدتك ، أو أطلقت يدك
أو رفعت الحرج عنك ... أو نحو ذلك .

ثم لا يجبر لاحد من الاولياء لاثني ولو بكراً بقيمة تحت حجره بعد السيد
في تزويج الامة - وبعد الاب ، ووصيه - في تزويج الحرة .

وحيث لا يوجد من له ولاية الإيجار .. فتزوج بإذنها .. فان كانت بكراً
كفى صحتها - إلا بعد ما استثنى ... وإن كانت ثيباً أعربت عن نفسها ...

والذي استثنى هو البكر التي رشدت .. فلا بد من نطقها بأنها راضية بذلك
الزوج .

٣ - والشافعية قالوا ... البكر تزوج بدون إذنها ، ولو كانت هالكة ..
إذا كان الزوج أباً .. أو جداً لأب ... فقد جاء في المنهاج وشرحه (مغنى
الاحتجاج) : « والأب تزويج بنته البكر - صغيرة أو كبيرة .. عاقلة أو مجنونة -
بغير إذنها ، لخبر الدارقطني : - « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر يزوجه
أبوها ، ... ورواية مسلمة : « البكر يستأمرها أبوها ، حملت على القذف .

ولكن يشترط لصحة تزويج الأب لها بغير إذنها شروط .. وهي : ألا يكون
بينه وبينها عداوة ظاهرة ... وأن يكون الزوج كفئاً ... وأن يكون موسراً
بمال الصداق .

والتي تجبر يستحب استئذانها ... وإن البكر البالغة العاقلة إنما استؤذنت
في تزويجها من كف ، أو غيره - يكفى فيه صحتها - في الأصح ، لما روى
مسلم : « والبكر تستأمر ، وإنها سكوتها ، .

والرأى الثاني : لابد من النفاق .. كما في التثيب .. وعمل الخلاف في تزويج
غير المجير ... أما هو .. فالسكوت كاف قطعاً .

أما التثيب البالغة العاقلة فتزوج بصريح الإنن : للاب ، أو غيره ... ولا
يكفى سكوتها ، الحديث : « ليس للولى على التثيب أمر ، رواه أبو داود ، وغيره
وقال البيهقي : رواه ثقات .

ولو أذنت بلفظ التوكيل .. جاز ، لأن المعنى فيهما واحد

وإن قال الرافعي : « الذين لقيناهم من الأئمة لا يهدونه إذا ، لأن توكيل
المرأة في النكاح باطل (١) .

٤ - أما الحنابلة ... فيرون - كبقاى الأئمة - أن البكر - إذا كانت
صغيرة - فلا إذن لها معتبر ... أما إن كانت كبيرة ففيها روايتان :

فقد جاء في الشرح الكبير للقدس : « فأما الإناث ... فلاب تزويج ابنته
البكر الصغيرة ، التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف إذا وضعها في كفاة
يجوز له ذلك مع كراهيتها ، وامتناعها .. وقد دل على ذلك قوله تعالى ، واللاتى
يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر - واللاتى لم يحضن ..
فجعل للاتى لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ... ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق
في نكاح ، أو فسخ ، فدل ذلك على تزويج ، وتطليق ولا إذن لها يعتبر ...
وقالت عائشة رضى الله عنها : « « زوجنى النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة سبع
وبنى بي (٢) وأنا ابنة تسع ، متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحالة من يعتبر
إذنها .

(١) انظر : مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٩ - ١٥٠ .

(٢) بنى بي : دخل بين .

وفي البكر البالغة العاقلة روايتان :

إحداهما : أن له إجبارها على المكاح ..

والثانية : ليس له ذلك ... واختارها أبو بكر رضى الله عنه ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : - لا تنكح الايم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأين .. فقالوا : يا رسول الله : فكيف إنهما ؟ قال : أن تسكت ، ، ولأنها جمائزة في التصرف في مالها ، فلم يجز إجبارها - كائيب .. والرجل (١) .

• - مذهب الظاهرية : ... قال ابن حزم : د للآب أن يزوج ابنته الصغيرة البكر - ما لم تبلغ - بغير إئنها ، ولا خيار لها اذا بلغت ... فإن كانت ثيباً من زوج مات عنها ، أو طلقها - لم يجز للآب - ولا لغيره - أن يزوجهما إلا بإئنها ... فإن وقع فهو مفسوخ أبداً ،

فأما الثيب فتنكح من شاءت - وإن كره الآب - وأما البكر فلا يجوز لها نكاح إلا باجتماع إئنها ، وإن أئبها .

وقد بين ابن حزم : .. أن إئنها لا يكون الا بالسكوت فقال : د وكل ثيب فإئنها - في نكاحها - لا يكون إلا بالا بكلامها ، بما يعرف به رضاها ، وكل بكر فلا يكون إئنها - في نكاحها - إلا بسكوتها .. فان سكنت فقد أذنت ، ولزمها الشكاح ... فان تكلمت بالرضا .. أو بالمنع أو غير ذلك ، فلا ينفق هذا - نكاح عليها ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : - في البكر - د إئنها صماها .

٦ - مذهب الزيدية : أنه يعتبر (رضا) البكر البالغة ، لقوله صلى الله عليه وسلم : - د والبكر تستأذن في نفسها ، وإئنها صماها .

(١) انظر : الشرح الكبير ج ٧ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

ويناقشون من قال باجبارها من الاب بأن النسي صلى الله عليه وسلم قال :
« الثيب أحق بنفسها من وليها » .. فدل بمفهومه على أن البكر ليس لها هذا الحق
فقالوا : الصريح (أى الذى جاء فى الحديث الخاص باستئذان البكر) — يدفع
المفهوم .. وكما يكون الإنس بالسكوت يكون بالضحك ، والهروب ، وتغطية
الوجه ، لأجل العادة (١) .

٧ — وقال الإمامية : .. لا ولاية لأحد فى النكاح أخير الأب . والجدة للأب
وإن علا .. والوصى .. والمولى .. والحاكم .

ولاية الأب والجدة ثابتة على الصغيرة ، ولو نهبت بكارتها بزنا .. أو غيره
لا فرق بين الثيب والبكر فى ذلك .. ولهما الولاية على الصبى غير البالغ ...
والثيب تزوج نفسها . ولا ولاية عليها لأب ، ولا لغيره .. ولو زوجها من
غير أنها وقف على إجازتها .

وأما البكر البالغة فأمرها بيدها ... وقيل العقد مشترك بينهما ، فلا ينفرد به
أحدهما ... وقيل أمرها للأب (١) .

٨ — ويرى الإباضية : ... أنه لا نسكاح — عديم — إلا بولى ، والا
بإذنه ، أو بإجازته بعده .

وأقبل الأولياء فى النكاح .. الأب ، فالجدة وابن علاء .

ولا تزوج البكر إلا بعد استئثارها .. ولو كان المباشر للعقد هو الأب ..
فإن لم تستأمر بطل .. ما لم تجزه بعد ذلك . وقيل إننا زوجها الأب جاز عليها .
ومن الإباضية من اشترط استئثار البكر ، ولو لم يبلغ أنما كانت متميزة ..

(١) انظر البحر الزخار ج ٣ ص ٢٨ .

(٢) انظر : المختصر النافع ص ١٩٦ .

(١٣٠) — السكوت .

فريزوج الأب البكر ، أو الثيب عند طفولتهما (١) .

ويشور هنا سؤال لا بد منه في هذا المقام ... وهو :

بم يكون إذن المستأمرة ورضاها ؟

١ — يقول الحنفية : - المستأمرة إما أن تكون ثيباً .. وإما أن تكون بكراً .

(١) فإن كانت ثيباً : . رضاها يعرف بالقول تارة .. وبالفعل أخرى ..

أما القول .. فظاهر .. بأن نقول : رضيت .. أو أجزت ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « الثيب يعرب عنها لسانها » .

وأما الفعل .. كالتكن من نفسها .. أو المطالبة بالمهر والنفقة ، والأصل في ذلك ما روى عن النبي ﷺ أنه قال « لبريرة ، : إن طلقك زوجك فلا خيار لك » .

ولو زوجها أبوها فسكنت لم يكن سكوتها رضا بالنكاح ، لأن الأصل في السكوت ألا يكون (رضا) ، لكونه محتملاً في نفسه ... وإنما أيم الرضا في البكر لضرورة الحياء ... والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ... ولا ضرورة في حق الثيب ، فلهذا لا يكتفى بسكوتها عند الاستئثار .. ولا إندا بلخها العقد .

(ب) وإن كانت بكراً ، فإن رضاها يعرف بهذين الطريقين — السابقين — وبثالث ... وهو : السكوت .. إن لم يكن الذي باشر العقد أجنبياً ، أو وإياً بعيداً — مع وجود الأقرب : . وهذا استحسان ، لما روى عن رسول الله ﷺ — أنه قال : « تستأمر النساء في أبضاعهن » فقالت عائشة رضي الله عنها — « إن البكر تستمحي يا رسول الله فقال عليه السلام : — « إنها صباها » وروى « سكوتها رضاها » وروى « سكوتها اقرارها » .

— ١٩٥ —

وكل ذلك نص في الباب .. وروى البكر تستأمر في نفسها ، فان سكنت فقد رضيت ، وهذا أيضاً - نص ، ولأن البكر تستصحب عن النطق بالإذن في النكاح لما فيه من اظهار رغبتها في الرجال ، فتنسب الى الوقاظة .

فلو لم يجعل (سكوتها) انذاراً ، ورضا بالنكاح ... دلالة ، وشرط نطقها — وهي لا تنطق عادة — ، لفانت عليها مصالح النكاح ، مع حاجتها الى ذلك ... وهذا لا يجوز .

والقياس ألا يعتبر السكوت رضا ... ولكن ترك القياس للنص ..

والمراد بالسكوت .. السكوت الاختياري ، فلما أخذها سعال ، أو عطاس . أو أخذ فيها .. فخلعت .. فردت الإذن .. ارتد .

ولا فرق بين العلم والجهل .. ألما زوجها أبوها فسكنت — وهي لا تعلم أن السكوت رضا — جاز .

وقد فرع الحنفية على ذلك : أنه لو زوجها وهي حاضرة — بغير كف — فسكنت .. لم يكن رضا — في قول محمد بن سبرة .. وهو قول أبي يوسف ومحمد (١) ..

ولا يشترط في كون السكوت (رضا) تسمية المهر .. وقيل : يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصدافي — قلة وكثرة — .

والصحيح الأول : لأن للنكاح صحة بدوئه .

واختلف الحنفية فيما اذا زوجها غير كف (٢) ، فبلغها ، فسكنت . فقال الصاحبان : لا يكون رضا وقيل — في قول أبي حنيفة — يكون رضا ، ان كان المزوج أباً ، أو جداً ... وان كان غيرهما فلا .

(١) انظر فتح القدير ج ٢ ص ٣٩٨ .

(٢) انظر البحر الرائق لابن نجيم ، ج ٣ ص ١١٣ .

ولو زوجها فبلغها الخبر (١)، فسكتت — فهو على ما ذكر — من أنها إن سككت ، أن ضحككت — بلا استمراء — أو بكت بغير صوت .. فهو رضا .. والا فلا .

وقال ابن مقاتل : لا يكون السكوت — بعد العقد — رضا ، لأن اعتبار السكوت السابق .. رضا .. على خلاف القياس .. بالنص .. وأما السكوت اللاحق فالحاجة إلى الإجازة .. والسكوت لا يكون إجازة ، لأنه ليس في معنى المنصوص ، فإن السكوت — عند الاستمراء — دليل على الرضا — وبعده إذا بلغها الخبر — ليس كذلك ... فلا يثبت الرضا هنا بمجرد السكوت .

وعن أبي يوسف : — السكوت بعد العقد رد ... ذكره في البدائع .. قال وهو قول محمد .

والأصح الأول ، لأن وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد .. وبعده .. فلما كان انما قبله — لدلالته على الرضا — كان إجازة بعده ، لدلالته عليه ، ولا أثر للفرق بكونه ملزماً .. وعدمه — على أن الحق أنه ملزم في كل منهما .. غير أنه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال .. وقبله — يتوقف على التزوج من المستأنس .

وعلى هذا فرعوا ... أنه لو استأذنها في معين فردت ... ثم زوجها منه ، فسكتت ... جاز على الأصح .

بخلاف ما لو بلغها ، فردت ، ثم قالت : رضيت — حيث لا يجوز ، فله العقد بطل بالرد ، فالرضا — بعد ذلك — بعقد مفسوخ .

وكذا استحسنوا التجديد عند الزفاف — فيما إذا زوج قبل الاستئذان إذا غلب ساحلن اظهار النفرة عند فجأة السماع .. والأوجه عدم الصحة ، لأن ذلك

(١) انظر : المفتح على الهداية ج ٢ ص ٤٠٠ ، ٤٠١ .

الرد الصريح لا ينزل عن كون ذلك السكوت دلالة الرضا... ولو كانت قالت : قد صكنت قلب لا أريده - ولم تزد على هذا - لا يجوز النكاح ، للإخبار على امتناعها (١) .

٢ - أما مذهب المالكية ... فيعتبر صمت البكر رضا بالزواج ، وبالصداق ولا يشترط نطقها ، ونذب لإعلامها بأن صمتها رضا منها .

ولا يقبل منها - بعد العقد - دعوى جهلها أن صمتها رضا - في تأويل أكثر العلماء - لشهرته عند الناس ..

ومن زوجها وليها بغير إفتها ، ثم أعلمها - بالقرب - فرضيت .. جاز ولا يعد صمتها - هنا - رضا وإن كانت بغير البلد - أو فيه - وتأخر لإعلامها .. لم يجوز ، وإن رضيت (٢) .

والثيب - غير المجبرة - تعرب عما في نفسها - عن الرضا بالزواج ، والصداق ، أو عدم الرضا بهما ، أو بأحدهما ... ويشاركها في تلك سبعة أبكار :

١ - بكر وشدت : من أب ، أو وصى .. فلا بد من نطقها له .

٢ - بكر عضلت (أى منعهما أبوها عن النكاح ، فرفعت أمرها الى الحاكم ، فزوجها) فلا بد من نطقها بالرضا بذلك العرض .

٣ - بكر زوجت بعبد . فلا بد من نطقها ، ولو بجبرة فلا بد من نطقها .

٥ - بكر يتيمة .. لا بد من إفتها ، بقولها ... ولكن المتمدن أنه يكفي صمتها .

(١) انظر في ذلك : البدائع ج ٢ ص ٢٤١ وما بعدها - والمبسوط ج ١ ص ١٠

(٢) انظر . التاج الاكليل ، للمواق على الخطاب ج ٣ ص ٤٣٤ .

ص ١٠ - وحاشية الطحطاوى على الدر المختار ج ٢ ص ٣١ .

٦ - بكر غير مجبرة ، افنتت عليها (أى تعدى عليها وليها غير المجبر ، فزوجها بغير انساها ، ثم وصل لها الخبر ، فرضيت بذلك ... فلا بد من رضاها بالقول ... ولا يكفى الصمت .

ويشترط لصحة نكاح المفتات عليها — سواء كانت بكرأ ، أو ثيبأ — رضاها بذلك العقد . . . بالنطق ، وأن يكون رضاها قريبا زمنه من العقد ... وأن تكون المرأة فى البلد الذى وقع فيه العقد افتياتا ... وألا يقر الولى — الذى وقع منه الافتيات — بالافتيات حالة العقد ... وألا يقع منها رد قبل الرضا (١) .

٣ — أما الشافعية ... فيرون أنه يكفى فى البكر البالغة — إذا استؤذنت وإن لا يعلم الزوج سكوتها ، الذى لم يقترن بنحو بكاه مع صياح ، أو ضرب عند للمجبر قطعاً ، ولغيره ، بالنسبة للنكاح ولو بغير كف — وإن ظننته كفتا — لالدون مهر المثل ... أو كونه من غير نقد البلد ... فى الأصح ، مسلم ... وإذنها سكوتها ولقوة حياتها .

ومقابل الأصح قال ... لابد من النطق ، كما فى الثيب ... وكسكوتها قولها : لم لا يجوز آذن ؟ جوابا لقوله : أيجوز أن أزوجهك ؟ أو فأذنين ؟

أما إذا لم تستأذن ، وإنما زوج بحضرتها . . . فلا يكفى سكوتها وأفتى البخوى بأنها لو أذنت — مخبرة ببلوغها — فزوجت ، ثم قالت : لم أكن بالغة حين أقررت ... صدقت بيمينها ... وفيه نظر ، إذ كيف يبطل النكاح بمجرد قولها السابق منها نقيضه ؟ لا سيما مع عدم إبدائها عذراً فى ذلك . . .

والمعتنى ، وعصيته . . . والسلطان — كالأخ . . . فيزوجون الثيب البالغة بصريح الإذن ، والبكر البالغة . . . بسكوتها .

أما الشيب العاقلة البالغة فلا بد من صريح إذنها ، ولو بلفظ (الوكالة) للآب ، أو غيره ، أو بقولها : أذنت له أن يعقد لي ، أقوله صلى الله عليه وسلم : - ليس للولي مع الشيب أمر ،^(١) .

٤ - مذهب الحنابلة^(٢) ... قالوا : إذن الشيب .. الكلام ، وإذن البكر .. الصمات .

أما الشيب فلا خلاف بين أهل العلم في أن إذنها الكلام ، للخبر ولأن اللسان هو المعبر عما في القلب ... وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الإنسان - غير أشياء لا يسيرة أقيم الصمت فيها .. مقامه ، لعارض ..

ولا فرق بين الثبوتية بوطء مباح ، أو حرام .

وأما البكر ... فإنها صماتها .. ولا فرق بين كون الولي أبا أو غيره ، لقوله صلى الله عليه وسلم : - « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن فقالوا : يا رسول الله : فكيف إذنها ؟ قال : « أن تسكت » .

وفي رواية عن عائشة أنها قالت : يا رسول الله : إن البكر تستحي !! قال : « رضاها صحتها » - متفق عليه - وفي رواية : « تستأمر القيمة في نفسها ، فإن سكنت فهو إذنها »^(٣) .

٥ - أما الظاهرية ... فالقاعدة عندهم : أن كل ثيب ، إذنها في نكاحها لا يكون إلا بكلامها ، بما يعرف يرضاها ، لقوله ﷺ : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر » ، وكل بكر لا يكون إذنها في نكاحها إلا يسكوتها ... فإن سكنت فقد أذنت ،

(١) انظر : نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٧١ ، ١٧٧ .

(٢) انظر : المغنى ١٠ لابن قدامة ج ٧ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ .

(٣) المرجع السابق .

ولزمها النكاح ... فان تكلمت بالرضا ، أو بالمنع ، أو غير ذلك فلا ينعقد - بهذا - النكاح عليها ، لأن الرسول ﷺ - أ بطل النكاح عن البكر ما لم تستأذن ، ففسكت ، وأجازه إذا استؤذنت فسكتت بقوله - عليه السلام - : « لا تنكح البكر حتى تستأذن ، وإذنها صماتها » .

والصحابة لم يعرفوا ما إذن البكر ، حتى سألوا رسول الله ﷺ : عنه ، وإلا كان سؤالهم فضولا .. وحاشا لهم ذلك .

وما علمنا أحداً من السلف روى عنه أن كلام البكر يكون رضا .. وروى عن عمر رضي الله عنه - وعن علي ، وغيرهما أن إذنها السكوت (١) .

٥ - ويرى الإمامية (٢) ... أن البكر إذنها صماتها .. أما الثيب ومن في حكمها - كمن ذهبت عذرتها بالزنا - فإذنها نطقها .. أي لا بد من أن تصرح روى عن النبي ﷺ أنه قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن وإذنها صماتها » . فدل ذلك على أن الثيب بخلافها ..

الآثار التي تترتب على استعراض هذه المذاهب ()

يتضح مما تقدم أن الفقهاء مختلفون في تزويج من تستأذن ، إذا وقع بغير إذنها .

١ - فالحنفية يقولون : الرضا في نكاح البالغة - شرط الجواز ، فإذا زوجت بغير إذنها .. توقف التزويج على رضاها .. فإن رضيت جاز ، وإن ردت .. بطل الزواج (٣) .

(١) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٧١ .

(٢) انظر كتاب الخلاف للطوسي ج ٢ ص ١٤٤ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢١١ .

٢ - والمالكية يقولون : إن زوج البكر وليها - بغير إذنها ، ثم أعلمها بالقرب ، فرضيت .. جاز ، وإن كانت بغير البلد ، أو فيه وتأخر إعلامها ... لم يجز ، وإن رضيت : قال ابن سلعون : إن زوجها بغير إذنها فالمشهور أنه جاز إذا أعلمها^(١) .

٤ - أما الشافعية فيرون .. ن الإذن ليس ركناً في العقد .. بل هو شرط فيه ... وإذا فقد شرط من شروط الصحة بطل النكاح ... وحل اعتبارها - أي الصحة - إن لم يكن من المرأة إذن في النزويح^(٢) .

٣ - مذهب الحنابلة ... يرون أنه إذا زوجت المرأة المعتبر إذنها - بغير إذنها - فالنكاح باطل .. في أصح الروايتين - نص الإمام أحمد عليه ... وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقف على الإجازة .. فإن أجازته جاز ... وإن لم تجزه فسد لأنه عقد لا يثبت فيه أحكامه : من الطلاق ، والخلع ، واللعان ، والنسب وارث ، وغيرها - فلم ينعقد - كنكاح الممتدة^(٣) .

٤ - مذهب الظاهرية : يرون بطلان النكاح عن البكر مالم تستأذن ، فتسكت وجوازها إذا استؤذنت ، فسكت ، لقوله صلى الله عليه وسلم : - « لا تنكح البكر حتى تستأذن ، وإذنها صيماها »^(٤) .

٥ - مذهب الإمامية ... يرون أنه لو زوج الرجل بنته الثيب الكبيرة الرشيدة .. أو أخته الكبيرة الرشيدة - بغير إذنها - فهو باطل ، ولا يقف على إجازة أحد ، لأن العقود الشرعية تحتاج إلى أدلة شرعية ولا دليل على أن هذه على الإجازة ... فوجب القضاء بفسادها

(١) انظر : التاج والاكلیل :- للمواق على الخطاب ج ٣ ص ٣٢٤ .

(٢) انظر : حاشية القليوبي ج ٣ ص ٢٢٢ .

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٦٥ و ٣٦٦ .

(٤) انظر : المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٦١ .

- ٢٠٢ -

خاتمة هامة

نستخلص مما قلناه عن الإذن ، وما يتعلق به من أحكام ... أن هناك تصرفات يتوقف نهائيا ، أو جوازها على الإذن ...

ويمكن لنا أن نستنتج قاعدة في هذا الباب ... وهي :

كل تصرف ، أو عمل - إذا كان يمس حقا لقبر من يباشره .. وجب نفاذه وجوازه ، دون انتظار الإذن فيه من صاحب الحق ، إما بطلب ذلك منه ... أو باقدام صاحب الحق - نفسه - على إصداره ، دون طلب .

ما يترتب من تلك القاعدة من فروع

وإليك - أخى القارىء العزيز - بعض الفروع الفقهية المترتبة على تلك القاعدة (وهي متفرقة في مظانها المختلفة ، في أبواب الفقه ولذا كان من العسير إحصاؤها) ويكفى أن نشير منها إلى ما يأتى :

أولا : ليس للموهور له أن يقبض العين الموهوبة إلا باذن صاحبها ، الواهب فان قبضها من غير إذنه - لم يعتبر هذا القبض .. ويعتبر الإيجاب بالهبة إذنا بالقبض ، إذا كان في مجلس العقد .. وإلا وجب إذن مستقل بقبضها .

ثانياً : ليس للوكيل أن يوكل غيره ، فيما وكل فيه - إلا إذا كان حاجزا عن القيام به ، أو غير لائق به ، أو إذنه الموكل في ذلك .

ثالثاً : إذا أدى الكفيل بالدين .. ما التزم به - إلى الدائن ، وكانت الكفالة بغير طلب المدين .. لم يرجع على المدين .. إلا إذا أذنه بالأداء .

رابعاً : لا تملك أرض الموات بالإحياء .. إلا إذا أذن الإمام .. فلو أحيها بلا إذن منه .. لم يملكها .

خامساً ؛ لا يجوز المستعير أن يعير غيره مطلقاً - عند الشافعية - وعند الحنفية ذلك بما يختلف الانتفاع به باختلاف المستعمل ... إلا بإذن من المعتبر .

سادساً ؛ إذا كانت منفعة العين المستأجرة مما يختلف باختلاف المستعمل ... فلا يجوز للمستأجر - في رأى أبى حنيفة ، وأصحابه - أن يؤجرها إلا بإذن من مالئها المؤجر ، إذ قد يضر انتفاع المستأجر الجديد بها ، لأن انتفاعه بها ، أشد ضرراً ، وأقوى استعمالاً .

سابعاً ؛ يرى الحنفية أنه لا يجوز المطلقة بائناً - بعد انتهاء هبتها - أن تخرج بالولد المحضون ، من بلدة إلى أخرى بيقعها تفاوت - بحيث لا يمكن والده أن يراه ثم يرجع في نهاره ... إلا بإذنه ... ولكن لها الخروج من قرية إلى مصر^(١) قرية ومن بلدة إلى أخرى هي وطنها ، وقد عقد عليها فيها .

أما غيرها من الحاضنات فليس لها نقله إلا بإذن الأب في جميع الأحوال ... كما لا يجوز للأب أن يخرجها من بلد حاضنته إلا بإذنها - ما بقيت حاضنتها^(٢) .

ثامناً ؛ لا يجوز للمالك المؤجر للعين أن يبيع العين المستأجرة في أثناء مدة الإجارة .. إلا بإذن المستأجر ، لأن حقه في وضع يده عليها ، استيفاء لمنفعتيها - متعلق بها .. والتصرف فيها يمس ذلك الحق .. فلا ينفذ إلا بإذنه ، حتى لا يضار بغير رضاه .. والإذن في هذه الحالة ليس من قبيل التوكيل .

تاسعاً ؛ لا يجوز للراهن أن يبيع العين المرهونة ، أو يرهنها لدى دائن آخر أو يؤجرها ، أو يرتب عليها حقاً .. إلا بإذن من المرتن ، وذلك لتعلق حقه بها ، وفي التصرف فيها مساس بهذا الحق ، وضرر بصاحبه .. فوجب لذلك - إذنه ، حتى لا يضار بغير رضاه ..

(١) أى مدينة كثيرة السكان والمناشط .

(٢) انظر : الدر المختار ج ٢ ص ٦٩٨ .

— ٢٠٤ —

ويلاحظ أن إذن المرتين في هذه الحالة ليس من قبيل التوكيل . لأنه غير مالك للعين المرهونة . . . ومن ثم لا يصح منه توكيل مالكها في التصرف فيها ، لأن التصرف من خصائص الملك .

وكذلك لا يجوز للمرتين أن يبيع العين المرهونة ، لاستيفاء دينه من ثمنها إلا بإذن من الراهن ، لأنه مالكها .

وكذلك الحكم في كل تصرف يصدر من شخص فيما لا يملك . . والإذن في هذه الحالة من قبيل التوكيل ، .

المبحث الرابع

هل السكوت يعتبر إبراء من الحقوق ؟

تعريف الإبراء .. يعرف الإبراء في اللغة بأنه الإزالة أو التنزيه من التلبس بشيء ، جاء في مختار الصحاح (١) : « برىء منه ، ومن الدين ، والعيب .. وأبرأه من الدين ، ونراه ، وتبرأ من كذا فهو براء » .

وعند الفقهاء (٢) : إسقاط شخص حقاً له في ذمة آخر ... كإسقاط الدائن ديناً له في ذمة مدينه ... بقوله له : أبرأتك من ديوني — أو ما يفيد ذلك المعنى — يريد بذلك إسقاط ما في ذمته من دين له .

أو هو : إسقاط لحق شخص قبل آخر - كما يفهم من تعريفه السابق ، لذا كان نوعاً من الإسقاط ... لأن الإسقاط كما يكون تركاً لحق في ذمة شخص آخر — كما في إسقاط الدين الذي تشغل به ذمة المدين — يكون لحق ثابت لصاحبه دون أن تشغل به ذمة آخر ، كما هو الحال في إسقاط الشفيع حقّه في الشفعة ... وكما في إسقاط الموصى له بسكنى دار — حقّه في سكنها ..

وعلى ذلك يكون كل (إبراء) (إسقاطاً) وليس كل إسقاط إبراء ..

وهذا الكلام يجعلنا نتساءل : هل الإبراء إسقاط أو تمليك ؟

١ — قال أغلب الحنفية (٣) — وهو قول لـبكي من المالكية ، والشافعية ، والرائجة عند الحنابلة — أنه للإسقاط .

(١) انظر مختار الصحاح مادة : برأ ، وبرىء . ص ٤٥

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧٦ .

- ٢٠٦ -

٢ - بعض الشافعية ، وابن مفلج الحنبلي . يرون أنه تملك من وجهه ..
٣ - ما نقله ابن مفلج أيضاً أن جماعة من الحنابلة جزموا بأنه تملك ،
وقالوا : إنما سلبنا أنه إسقاط ... فكأنه ملكه إياه ، ثم سقط .
ويفهم من كل هذا أن الإبراء يحمل - عند جمهور الفقهاء - على معنيين :
(أ) معنى الإسقاط ... بالنظر إلى الدائن ، إذ قد تخلى عنه ، وانقطعت
مطالبته به .

(ب) معنى التملك ... بالنظر إلى المدين ، إذ قد تملكه ، فزاد ثراؤه
بقدره . ألا يرى أنه كان مطالباً بانتقاص قدره من ماله - في سبيل الوفاء به ،
فاستبقى ذلك له ؟ (١) وهذا يعني تملكه إياه .

(آثار اعتبار هذين المعنيين ... في الإبراء) (٢) :
يظهر أثر ذلك في أن الحكم قد يختلف باعتبار الإبراء ... إسقاطاً ...
أو تملكاً .

وقد صرح الحنفية بذلك فيما لو وكل الدائن المدين بإبراء نفسه . . . صح
التوكيل ، نظراً إلى جانب الإسقاط ... ولو نظر إلى جانب التملك . . . لم يصح ،
كما لو وكله بأن يبيع من نفسه .

حكم الإبراء : هل هو مشروع في الجملة ؟ والأصل فيه :

١ - الندب ... يقول الخطيب الشربيني (٣) : الإبراء مطلوب ، فوسع

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ، ص ٢٧٦ ، جامع الفصولين ج ٢
ص ٤ ، الدسوقي ج ٣ ص ٩٤ ، ٣٣٠ ، القليوبي وعميرة ج ٢ ص ٣٢٦ الفروع
لابن مفلج ج ٤ ص ١٩٣ .

(٢) انظر : تبويب الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ٣٨٤ .

(٣) انظر مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٠٣ .

٢٠٦ -

فيه ... بخلاف (الضمان) ، ذلك لأنه نوع من الإحسان ، لأنه في الغالب يشتمل إسقاط الحق عن المعسر الذي يشغل الدين كله ... وحتى إذا كان الإبراء لمن لا يعسر عليه الوفاء ، فإنه مما يزيد المودة بين الدائن ، والمدين ، فلا يخلو عن معنى البر والصلة .

ويشير إلى هذا قوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ، وأن تصدقوا خير لكم ، إن كنتم تعلمون » (١) .

٢ - وقد يكون واجبا ... وذلك إذا سبقه استيفاء الحق ، لأن فيه اعترافا بالبراءة لمستحقها ... فهو من باب العدل المأمور به في قوله تعالى : « إن الله يأمر بالعدل » (٢) .

ومن أمثلته في (باب السلم) : إذا حضر المسلم إليه مال السلم الحال - لغرض البراءة - أوجب المسلم على القبول ... أو الإبراء ..

٣ - وقد يكون حراما ... كما لو جاء ضمن عقد باطل ، لأن استيفاء الباطل حرام ... وهذا إذا كان الإبراء خاصا بذلك العقد ، وبنى عليه الإبراء ... عملا بالقاعدة المشهورة : « إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه » (٣) .

٤ - وتعرض له الكراهة ... فيما إذا أبرأ وارثه ، أو غيره عن أكثر من ثلث ماله - وهو في مرض الموت - حيث أجازه الورثة ... وأساس الكراهة هنا - أن هذا الإبراء فيه تضييع لورثته ، ولقوله - صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي رقاص - حين هم بالتصدق بجميع ماله - « إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » (٤) ... أما الثلث فقد أقره عليه .

(١) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

(٢) سورة النساء آية ٥٨ .

(٣) انظر الفتاوى الكبرى لابن حجر ج ٣ ص ٥٧ .

(٤) وهذا جزء من حديث أخرجه الشيخان : انظر التلخيص والمريجان ص

- ٢٠٨ -

(أركان الإبراء)

(أ) ركن الإبراء - عند الحنفية - (الصيغة) فقط : أى الإيجاب والقبول من صاحب الحق . . وهو ما يصدر منه من عبارة ندل على ترك حقه ، دلالة واضحة ، لا احتمال منها . . أو ما يقوم مقام ذلك من كتابة . . أو إصارة .

(ب) أما غير الحنفية . . فيرون أن أركانه . . (بحسب الإطلاق الواسع للركن ، ليشمل كل ما هو من مقومات الشيء ، سواء أكان من ماهية الشيء ، أم خارجاً عنها — كالاطراف ، والمحل) يرون أن هذه الأركان أربعة :

أولاً : المبرىء (صاحب الحق) ويشترط فيه ما يأتى :

(أ) أن يكون من أهل التبرع . . فيجب أن يكون عاقلًا . . بالغًا . . غير محجور عليه لسفه ، أو لدين ، لأن الإبراء تبرع من الدائن ، إذ لا يقابله عوض من المدين .

(ب) وأن يكون ذا ولاية فى إبرائه . . كأن يكون هو الدائن . . أو وصياً على الدائن — وقد وجب الدين المبرأ منه نتيجة لعقد باشره عنه ، فعند ذلك تصح براءة ، ويضمن ما أبرأ المدين منه . . . ولكن إذا كان الدين لم يجب — لأنه نتيجة لعقد لم يباشره هو أو أوداد الإبراء قبل حلول موعد الدين — لم يصح إبرائه .

ثانياً : . . المبرأ (المدين ، ويشترط فيه ما يأتى :

(أ) أن يكون معلوماً ، غير مجهول . . فإذا كان مجهولاً لم يضح إبرائه . . كما لو قال شخص : أبرأت كل مدين لى . . أو كل مدين بلونى . . أو أبرأت أحد هذين . . . ولكن إذا كان من أبرأه الدائن محصوراً معلوماً : كأبرأت هؤلاء من المدينين لى . . صح الإبراء

— ٢٠٩ —

وقد ذهب إلى إشتراط هذا الشرط - في المبرأ - : الخنفة (١) ، والشافعية (٢) والحنابلة (٣) ، والمالكية (٤) .

(ب) ويشترط الزيدية (٥) - مع ما تقدم - محلو الإبراء من تدليس المبرأ ، كما إذا أفهم شخص دأبه بأن ما عليه من الدين حقير تافه ... فأبرأه منه - بناء على هذا - ثم تبين خلاف ذلك للدائن . لم يصح إبرأؤه ، لغلبة معنى التمليك فيه .

ثالثاً :- الصيغة . . ويشترط فيها أن تكون دالة دلالة ظاهرة - غير محتملة - على تملك الحق للدين . . أو على سقوطه .

رابعاً :- المبرأ منه (وهو محل الإبراء كالدين ، أو العين ، أو الحق) . . (١) ألا يكون عينا من الأعيان . . والأعيان الشخصية لا تثبت في الذمة ، فلا تقبل الإسقاط . . وإنما يقبل الإسقاط ما يشغل الذمم من الحقوق ؛ ولهذا كان الإبراء من الأعيان المشخصة . . باطلا . .

أما ما كان من الأعيان ديناً ، فإنه يقبل الإبراء ، إذ أنه يقبل الإسقاط ، كالديون - من الإبل مثلاً - ونحو ذلك .

وعلى هذا إذا غصب شخص كتاباً ، فأبرأه منه مالك هذا الكتاب كان الإبراء باطلاً ، ولا يترتب عليه أثر . . . ولهذا صح الإبراء من الديون بأنواعها . . . كما صح الإبراء عن (الدعوى) . لأنها حق . . وإذا قال المدعى عليه للمدعى : أبرأتك من ادعاء هذه العين ، أو من دعوى هذه العين . . لم تقبل له فيها دعوى ملك بعده ذلك (٦) .

(١) انظر جوامع الفضولين ج ١ ص ١٣٥ .

(٢) انظر : الاشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٧ .

(٣) انظر كشف القناع ج ٢ ص ٤٧٨ .

(٤) انظر الشرح الكبير للدردير ج ٤ ص ٩٩ .

(٥) انظر شرح الأزهري ج ٤ ص ٢٩٨ .

(٦) انظر مجمع الأنهر ج ٥ ص ٧٦ .

وكذلك يصح إبراء الدائن للكفيل من (الكفالة) ... وإبراء المحال عليه من (الحوالة) ، إذ البراءة فيهما تنصب على حق ... هو الكفالة .. أو الحوالة ..

(ب) الشرط الثاني (للبراءة منه) وهو الحق موضوع الإبراء (أن يكون موجوداً عند الإبراء ... وعلى ذلك بطل الإبراء من الحق قبل وجوده ... فلا يصح أن تبرئ شخصاً من كل ما سيقترضه منك ... أو بما سيجب لك عليه ... كما لا يصح إبراء الزوجة لزوجها من نفقة مستقبله ... ولا من نفقة العدة قبل أن يطلقها ، لأن الإبراء إسقاط ... وما سيوجد ساقط الآن فعلاً ، فلا يقبل إسقاطا ...

(ج) ولا يشترط في الحق المبرأ منه أن يكون معلوماً - ذهب إلى ذلك

١ - الحنفية ، والحنابلة ، والمثريد من الزيدية ، فحوزوا الإبراء من الحق المجهول ... سواء أ كان مجهولاً لدى المبرئ ... أم لدى المبرأ ...

٢ - وخالف في ذلك الشافعية ، والناصر من الزيدية ، فاشتروا علم المبرئ بما أبرأ منه ... واستثنوا من هذا الحكم أن يكون الدائن جاهلاً بمقدار دينه - ولكنه ذكر له (عقد الإبراء منه) نهاية يتحقق أن دينه دونها في المقدار ... كما إذا قال له : أبرأتك من ديني البالغ ألف حنيه - وهو متحقق من أن دينه دون الألف (١) .

٣ - وذهب الحنابلة إلى أن البراءة من الدين لا تصح إذا كان المبرئ لا يعلم بوجود الدين - في حين أن المدين يعلمه ، ولكنه كتبه عنه ، خوفاً من أنه إذا علمه - طال به ، ولم يبرئه منه ، لأن هذا يعد هضم الحق وظلماً للدائن ... ولا يعد الإبراء في هذه الحالة صادراً من صاحبه عن إرادة معتبره ... وإنما صدر منه على وجه الهزل أو اللعب !!

(١) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧١ .

— ٢١١ —

فيري الحقامة صحة الإبراء من المجهول - ولو لم يتعذر العلم به . . كما يرون صحة الإبراء من يعتقد أنه لا دين له في ذمة من أبراه ، ثم تبين أنه - أى المبرأ - كان مدينا للمبرء عند إقدامه على إبرائه (١)

(٤) وذهب الزيدية إلى عدم صحة الإبراء مع التبدليس (٢) . . . كأن يبرء الدائن مدينه - بناء على تفهيم المدين إياه ، بأنه فقير ، أو أن الدين حقير ، ثم تبين خلاف ذلك .

واختلف الزيدية في صحة الإبراء من المجهول . . . فمنهم من ذهب إلى صحته . . . ومنهم من ذهب إلى عدم صحته (٣) .

(هل يتوقف الإبراء من الدين على قبول المدين ؟)

(١) الدين حق خالص لصاحبه . . وإقدام صاحبه على إسقاطه تصرف سليم منه في خالص حقه . دون أن يمس ذلك حقا لغيره . . . ودون أن يستوجب تكليفا على أحد . . . ومن ثم لم يتوقف نفاذه على قبول من عليه الدين . . . بل ينفذ مع رد المدين له ..

ذهب إلى ذلك الحنابلة . . . وجمهور الحنفية . . . والشافعية . . . وجمهور الشيعة الجعفرية د تغليبا للمعنى (الإسقاط) فيه على معنى (التملك) (٤)

(٢) وذهب الإمام زفر - وهو من الحنفية (٥) - إلى أنه يتوقف الإبراء

(١) كشف القناع ج ٢ ص ٤٧٨ .

(٢) انظر : الأزهار ج ٤ ص ٢٧٨ ، ٣٠١ .

(٣) مطالب أولى النهى ص ٣٩٢ .

(٤) انظر : المذهب للشميرازى ج ١ ص ٤٥٤ ، وكشف القناع ج ٢ ص

٤٧٨ .

(٥) تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ .

- ٢١٢ -

على قبول المدين ، لغلبة (معنى التمليك) فيه ... وهو قول لبعض الشيعة
الجعفرية (٦) .

(٣) وللمالكية .. والزيدية في ذلك قولان : —

١ — أنه يتوقف الإبراء على قبول المدين ، مراعاة لجانب التمليك فيه وهو
الأرجح .

ب — أنه لا يتوقف ، ويتم من غير قبول المدين .. بل يتم أيضا مع رده
(ورفضه) مراعاة (لمعنى الإسقاط) كالطلاق .

وعلى القول باشتراط القبول فيه — عند المالكية — يجوز أن يتراخى (القبول)
عن مجلس (الإيجاب) ... وهو صريح ما ذكره ابن عرفة ... كما يجوز رجوع
الدائن فيه قبل القبول (٢) .

وإذا كان الإبراء من الدين قد تم بهبته للمدين ... كان توقفه على قبول
المدين محل خلاف ..

أ — ففي مذهب الشافعية .. والحنابلة .. وبعض الحنفية (٣) أن هبة الدين
من الدائن للدين لا تتوقف على قبول المدين ، فتنفذ مع سكوت المدين في مجلس
الإيجاب ، لما فيها من معنى الإسقاط .

ب — وذهب آخرون إلى أنها تتوقف ، لما فيها من معنى (التمليك) وذلك
رأى المالكية — لأنها نص في التمليك .

(١) مطالب أبولى النهى ص ١٩٢ .

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩٩ ، والفروق

للقرافي ج ١ ص ١٠١ ، ١١١ وشرح الأزهري ٢٥٨ .

(٣) انظر تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ ، نهاية المحتاج ج ٥ ص ٤١٠ ،

كتشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٨ ، البدائع والصنائع ج ٦ ص ٤٦ .

وكذلك يرى الحنفية أن الإبراء من (الكفالة .. أو الخوالة) لا يتوقف على القبول ، ولا يرتد بالرد ، لتحضة في (معنى الإسقاط) .

واستثنى الحنفية من عدم توقف الإبراء على القبول من المبرأ له الإبراء من يدلى الصرف ، والسلم ، إذ يرون توقفه على القبول - دون خلاف - ، حتى لا يتفرد أحد العاقدین فيما .. وهو من أبرأ .. بفسخ عقد الصرف ، أو السلم : وكلاهما عقد لازم لا يجوز أن يستبد بفسخه أحد طرفيه ، إذ أن في نفاذ الإبراء فوات (القبض في المجلس) وهو شرط في صحة كل منهما .

والمشهور - عند الحنفية - أن (هبة الدين) للدين وإبراء منه ... كلاهما يتم من غير قبول ... ويرتد بالرد .. فهما في ذلك سواء .

وإذا ارتد بالرد لم يجهز قبول بعد الرد - لبطلان الإيجاب بالرد (١) .

(١) انظر / حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٧٤ .

المبحث الخامس

«هل السكوت يعتبر إقراراً»

مقدمة ... في تعريفه ... ومشروعيته : —

الإقرار — لغة — هو الاعتراف : يقال : أقر بالحق إذا اعترف به ، وقرره غير بالحق حتى أقربه (١) :

وشرعا - إخبار (شخص) عن ثبوت حق للغير على نفسه (٢) .
والإقرار حجة ثابتة بالكتاب .. والسنة .. والإجماع .. والمعقول ..
١ — أما الكتاب .. فقوله تعالى : « وإذ الله مشياق النبيين : لما آتيتكم من كتاب وحكمة ، ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ، ولتنصرنه ، قال أفررتم ، وأخذتم على ذلكنم إصرى ؟ قالوا أقررنا ، قال فاشهدوا ، وأنا معكم من الشاهدين ، (٣) ... وقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ، (٤) ، إذ الشهاداة على للنفس لإقرار عليها بالحق .

٢ . وأما السنة ... فقد أقام النبي صلى الله عليه وسلم الحد على (ماعز والقامدية) بناء على إقرارهما واعترافهما بالزنا ١١ (٥) .

وأما الإجماع ... فقد أجمعت الأمة من لدن حياته صلى الله عليه وسلم

-
- (١) انظر مختار الصحاح . مادة : قرر .
 - (٢) انظر : كشف القناع ج ٦ ص ٣٦٧ .
 - (٣) انظر : سورة آل عمران — آية ٨١ .
 - (٤) انظر : سورة النساء آية ١٣٥ .
 - (٥) انظر تلخيص الحبير ج ٤ ص ٥٧ .

إلى الآن ... على أن « الإقرار » حجة على المقر يؤاخذ به ، ويعامل بمقتضاه .
 ٤ - وأما الفعل ... فهو « انتفاء التهمة » ، فإن العاقل لا يقر على نفسه
 كذبا ! (١) .

والفقهاء متفقون على أن « الإقرار أقوى الأدلة الشرعية » ، لانتفاء التهمة
 فيه - غالباً . . .

ولا ينافي ذلك أنه حجة قاصرة على المقر وحده ... في حين أن « الشهادة »
 حجة متعددة ، لأن (القوة ، والضعف) وراء التعدية ، والاقتصار .

فاتصاف (الإقرار) بالاقتصار على نفس المقر ... واتصاف (الشهادة)
 بالتعدية إلى الغير ... لا ينافي إتصافه بالقوة ، واتصافها بالضعف بالنسبة له -
 بناء على انتفاء التهمة فيه - دونها (٢) .

وجاء في كتاب تبصرة الحكماء (٣) : (أن الإقرار أبلغ من الشهادة قال أشهب :
 قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره) .

وجاء في شرح المنهج (٤) : (الإقرار أولى بالتقبل من الشهادة) .

وجاء في المغنى (٥) : (إن المدعى عليه إذا اعترف بالحق لا تسمع عليه الشهادة ،
 وإنما تسمع إذا أنكره) .

والإقرار قد يكون باللفظ ... أو ما يقوم مقامه كالإشارة ، والكتابة ،
 والسكوت - بقرينة - .

ويصح الإقرار بالنسب - نسب مولود - عند الفقهاء - بشروط : -

(١) انظر المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٧١ .

(٢) انظر تكملة فتح القدير ج ٧ ص ٢٩٩ .

(٣) انظر : تبصرة الحكماء لابن فرحق ج ٢ ص ٣٩ .

(٤) انظر : شرح المنهج وحاشية الجمل ج ٣ ص ٤٢٨ .

(٥) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٧١ .

(١) فيرى الشافعية^(١) . . . انه يشترط لصحة الإقرار بالنسب الشروط الآتية : -

١ - ألا يكذبه الحس . . . فإن كذبه . . . بأن كان المقر في سن لا يتصور معها أن يولد لمثله مثل هذا الولد . . . أو كان قد قطع ذكره ، وخصيته من زمن متقدم على زمن العلوق به - حله - لم يثبت نسبة ، لأن الحس يكذبه ، وكان استلحاقه لغوا - وإن صدقه المستلحق !!

٢ - أن لا يكذبه الشرع . . . فإن كذبه . . . بأن يكون معروف النسب من غيره . . . أو ولد على فراش نكاح صحيح . . . لم يصح استلحاقه - وإن صدقه المستلحق ، لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره ، فالشرع مكذب له .

٣ - ألا يكذبه الحال . . . فإن جاءت امرأة من بلدة بعيدة ، ومعها طفل ، فاستلحقه رجل لم يسافر قط إلى بلدها . . . ولم تسافر هي إلى بلده . . . لم يلحقه النسب .

٤ - أن يصدق المستلحق - إن كان أهلا للتصديق - ، لأن له حقائق تنسبه ، وهو أعرف به من غيره . . . فإن كان بالغاً ، عاقلاً ، فكذبه ، أو سكت أو قال : لا أعلم . . . لم يثبت نسبه منه إلا ببينة ، أو يمين مردودة . . .

وإن مات المستلحق - قبل التمكن من التصديق - صح الإقرار ، وثبت نسبه .

٥ - ألا يزاحمه غيره . . . فإن ادعى آخر نسبه أيضاً - لم يلحقه به إلا بتصديقه ، ونكذيب الآخر - إن كان بالغاً . . . أو ببينة - مع عجز الآخر عنها - أو لحاق القائف به وحده . . . إن كان صغيراً . (والقائف هو الذي يتبع الأثر والنسب) .

٦ - أن يكون المستلحق ذكراً بالغاً . عاقلاً . مختاراً . غير مسوح (أى غير محبوب - أى مقطوع الذكر -) فلا يصح استلحاق المرأة ، والصبي ، والمجنون

(١) انظر : أسنى المطالب ج ٢ ص ٣١٩ .

(ب) أما المناظرة فيقولون^(١) : إن أقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط . هي :-

١ - أن يكون المقرية (المستلحق) مجهول النسب . . فإن كان معروف النسب لم يصح استلحاقه - بالإقرار - ، لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره .

٢ - ألا ينازعه فيه منازع ، لأنه إذا نازعه فيه غيره . . تعارضاً ، فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر .

٣ - أن يمكن صدقه . . . بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد مثله . . . فلو قدمت امرأة من بلاد الروم - مثلاً - معها طفل ، فأقر به رجل . . لحقه ، لوجود الإمكان ، وعدم المنازع ، لأنه يحتمل أن يكون قد دخل أرض الروم ، أو دخلت هي دار الإسلام ، ووطئها . . . والنسب يحاط لإثباته . .

ولهذا لو ولدت امرأة رجل - وهو غائب عنها - بعد عشرين سنة من غيبته . . لحقه ، وإن لم يعرف له قدوم إليها ، ولا عرف لها خروج من بلدها .

٤ - أن يكون المقر به - المستلحق - ممن لا قول له - يعتمد به كالمصغير والمجنون . . . فإن كان كبيراً ، عاقلاً . . لم يثبت نسبه من المقر ، حتى يصدقه - المستلحق - بإقرار ، أو سكوت ، لأن له قولاً صحيحاً ، فاعتبر تصديقه كالأقر له بمال عليه .

وإذا اعترف إنسان بأن هذا أبوه . . . فهو كاعترافه بأن ابنه . . ويسكن - في تصديق والد بنفس ولده . . وعكسه - يكنى سكوته عند الإقرار به ، لأنه يطلب في ذلك - ظن التصديق . . . ولا يعتبر - في تصديق أحدهما - تكرار التصديق .

(١) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٢٧ .

(ج) أما الزيدية . . . فيشترطون لصحة الإقرار بثبوت النسب خمسة شروط هي (١) : -

- ١ - أن يصدر الإقرار من مكلف . . مختار .
- ٢ - أن يكون المقر جادا بحيث لم يعلم هزله ، ولا سبق لسانه .
- ٣ - أن يكون المقر صادقا بحكم العقل . . أو الشرع . . فإن أقر بولد يقاربه في السن ، أو معروف النسب . . لم يصح إقراره .
- ٤ - أن يصدقه المقر به ويختص الإقرار بالنسب بأن التصديق به يخالف التصديق بالمال . . . كسكوت المقر به ، فإن يكون تصديقا ، حيث علم به ، وبالإقرار . . . وعلم أن له الإنكار . . . فلو أقر بصغير كان الصغير في حكم المصدق ، لأنه في حال الصغير لا يصح منه الإنكار . . . فإن بلغ ولم يصدق فإن له إبطال الإقرار - ولو حكم به الحاكم - ، لأن الحكم مشروط بالتصديق .
- ٥ - ألا توجد واسطة بين المقر ، والمقر به . . . فلا يصح الإقرار إلا بولد أو والد . . . ولا يصح إقرار من السبى - بعضهم من بعض - وكذا لا يصح الإقرار من (العتيق) ، لأنه يؤدي إلى إبطال حق الولاء الثابت للمعتق . . .

ولكن . . . ما الحكم لو حدث إنكار من المقر بعد إقراره ؟ .

- ١ - يقول الحنفية (٢) : - متى ثبت النسب بإقرار المقر . . لم يسكن له أن ينفيه بعد ذلك ، لأن النفي يكون إنكارا - بعد الإقرار بحق الولد ، إذ النسب حقه ، فلا يملك المقر الرجوع عن إقراره . . .

(١) انظر التاج المذهب ج ٤ ص ٤٤ ، ٤٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ج ٦ ص ٢٥٥ .

والسكوت عند التهمة بوله يعتبر اعترافاً منه بنسبه ، فلا يملك انفيه بعد ذلك .

(٢) أما المالكية فيقولون (١) : - إن استلحق رجل ولدا ، ولحق به شرعاً . ثم أنكره بعد ذلك : بأن قال ليس بولدى ... فإنه لا يسقط نسبه بالإنكاره — بعد استلحاقه .

(٣) والشافعية يقولون (٢) : - إن استلحق شخصاً بالغاً ، عاقلاً وصدقه (المستلحق) ثم رجعا عنه (أى عن الاستلحاق) لم يسقط النسب ، لأن النسب لا يرتفع بالاتفاق ... كالثابت بالفراش .

وقال ابن أبي هريرة : يسقط .

وإن قال : هذا ولدى .. ثم زاد فقال : من زنا ، لينفيه عن نفسه ... لم يقبل قوله : (من زنا) — وإن اتصل باقراره ١١ وقيل إن وصل اللفظ — عند الإقرار — لا يثبت النسب ١١

(٤) أما الرأي عند الجنايلة (٣) ... فهو أن المقر لا يقبل إنكاره ، لأنه نسب ثبت بحجة شرعية .. فلا يزول بإنكاره .. كما لو ثبت ببينة ، أو بالفراش .. وسواء أ كان المقر به غير مكلف .. أم كان مكلفاً ، فصديق المقر .

ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه ، لأنه ثبت باتفاقهما ... فزال يرجوعهما - كالمال .

والأول أصح ، لأن النسب يحتاط لإثباته ... بخلاف المال .

وإذا هيء فسكت .. كان لإقراراً ... ذكره أبو بكر الخلال ، لأن السكوت يصلح دلالة على الرضا في حق البكر ... فهنا أولى .

(١) انظر : منح الجليل ج ٣ ص ٤٤٩ .

(٢) انظر : أسنى المطالب ج ٢ ص ٣٢٠ .

(٣) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٣٤ ، وج ٩ ص ٥٥ .

(٥) وعند الزيدية (١) ... لا يصح من الرجل نفى الولد بعد الإقرار به سواء كان له نفيه ... أم لا ، فيثبت نسبه بعد الإقرار ، وإن نفاه — بعد — لم ينتف .

وكذا لا يصح من الرجل نفى الولد - بعد السكوت ، حين العلم به - سواء سكت سكوت مستبشر ... أم سكوت منكسر II - وخرج من المجاس ..

ويصح الرجوع — عن الإقرار بمصادقة المقر له .
تنبيه : — وننبه هنا إلى أنه : لو أن شخصا استلحق وارثا غير ولد كأخ ..

أ - إن كان المقر وارث آخر حائز لجميع التركة يوم الموت ، لا يوم الإقرار لا يرث هذا الاخ المستلحق ، لأن المقرر - حينئذ - يهتم باخراج الإرث لغير من يستحق الإرث .

ب — وإن لم يكن للمقر وارث أصلا ... أو كان له وارث غير حائز لجميع التركة - كأخ لأم - بخلاف بالإرث ... وعدمه - عند هذا الاستلحاق .

والراجع الإرث ، أى إرث المقر به من المقر بجميع التركة في حالة عدم وجود وارث أصلا .. وباقي التركة في حالة وجود أخ لأم ، بناء على أن بيت المال ليس كالوارث المعروف .

ويجرى هذا التفصيل في إرث المقر من المقر به ، إذا صدقه ، لأن كلا منهما - حينئذ - مقر بصاحبه ... فلو كذبه فلا إرث ... وإن سكت : فهل السكوت هنا - كالتصديق ؟ أو يرث المستلحق فقط ؟ خلاف بين الفقهاء .

ومحل هذا الخلاف إذا لم يطل زمن إقرار المقر بالاختوة . فإى طال ..

(١) انظر : التاج المذهب ج ٢ ص ٢٦٥ ، ج ٤ ص ٦٤ .

— ٢٢١ —

فانه يرثه - قولاً واحداً - لأن قرينة الحال دلت على صدقه في ذلك .

فعلى هـى : إذا أقرباً بخ جديد - وكان له أخ آخر ، وطال زمن الإقرار ... شارك الأخ المقر به (الجديد) الأخ الآخر الثابت النسب (١) .

ومن كل ماسبق نستطيع أن نقول : إن السكوت إذا صاحبه قرائن قوية يعتبر (إقراراً) لإثبات النسب ، وقد نص على ذلك الفقهاء (٢) .

(١) انظر - في هذه المسألة - حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٤١٩ . يدائع

الصنائع ج ٧ ص ٢٢٩ .

(٢) انظر المراجع السابقة .

المبحث السادس

(السكوت ... والإسقاط)

أما السكوت .. فقد سبق ... ولكي نعرف أثر السكوت على الإسقاط لابد من تصور الإسقاط ، والوقوف على حقيقته ...

تعريف الإسقاط : — عند اللغويين :- يقال : سقط الشيء من يده : وقع على الأرض ... وأسقطه : أوقعه .. وأسقطت الناقة وغيرها ألقت ولدها .. وأسقط الفارس اسمه من الديوان : رفعه وأزاله ^(١) .

أما تعريفه — عند الفقهاء — فهو إزالة الملك ، أو الحق ، لا إلى مالك ، أو مستحق ، كالطلاق — فهو إزالة لملك النكاح .. وكالغزو عن القصاص فهو إزالة حق القصاص .

الفرق بين الإسقاط .. والتملك .. والترك ... والنفي :

لكي يتحقق معنى الإسقاط المتقدم لابد من قيام الملك ، والحق الذي يرد عليه بالفعل — قبل وروده بالإسقاط ... ولا يكفي قيام السبب ، كالزوجية — بالنسبة للنفقة ، فهي لا تبرر إسقاط نفقة مستقبلية ، لم تتقرر ، ولم يثبت الحق فيها بالفعل .

وهذا محل اتفاق بين العلماء ... ضرورة أن يتعلق (بسقط) ومن هنا قالوا : إن الحقوق التي لم تجب بالفعل ، وبالمالك الذي لم يتقرر بعد — لا تقبل الإسقاط .

(١) انظر مختار الصحاح مادة (سقط) — تاج العروبي ١٠٠ ؟

- ٢٢٣ -

ويسمى ترك الحقوق التي لم تجب بعد ... (امتناعا) لا إسقاطا . . وهو غير لازم ، إذ هو مجرد وعد ... ومن ثم يجوز الرجوع عنه ، والعود إلى المطالبة بالحقوق المتروكة . . كترك الزوجة حقها في القسم - في المستقبل - لزوجة أخرى ، يجوز لها أن ترجع فيه . وتعود إلى المطالبة بالحقوق التي تركتها .

وإذا هي رجعت ، وطالبت بعودة حقها في المستقبل ... فقد جاز لها ذلك .

وإزالة الملك إلى شخص آخر ليست إسقاطا ، وإنما هي تملك ... كما في البيع ، والهبة ، والإجارة ، والوصية ، وسائر التصرفات النافذة للملكية ، فإنها - وإن اقتضت إزالة ملك المتصرف عما تصرف فيه - إلا أنها تقتضي - مع ذلك - إدخاله في ملك شخص آخر .

وقد يجتمع (الإسقاط) و (التملك) ... كما في الإبراء من الدين ، وهبة الدين لمن عليه الدين ، أو التصديق به عليه .

والجمهور - من الفقهاء - على أن هذا التصرف يحتمل معنيين :

(أ) معنى الإسقاط - بالنسبة إلى الدائن - إذ قد تخل عن الدين الذي كان له ، وسقط حقه في المطالبة به ، ولم يبق معتبرا من عناصر ثرائه .

(ب) ومعنى التملك - بالنسبة إلى المدين - إذ قد دخل الدين في ملكه ، وزاد ثرائه بمقدار قيمته ، فقد كان واجبا عليه - الوفاء به ، واقتطاع قدره من ملكه ، وإعطائه للدائن ، ويتصرف الدائن - معه - استبقى لنفسه ذلك . . وهذا هو معنى تملكه الدين الموهوب .

وهذا التصرف . . فيه تملك من وجه ... وإسقاط من وجه . . باتفاق هؤلاء الفقهاء ... ولسكنهم اختلفوا في تغليب أحد الجانبين ...

(أ) فذهب بعض الفقهاء إلى تغليب جانب الإسقاط ، ورتب عليه أحكام الإسقاط .

(ب) ولكن الخنابلة يرون أن هذا التصرف يعتبر إسقاطا — لحسب —
ورتبوا عليه أحكامه .

وقد يصاحب التملك الإسقاط — كما في الطلاق على مال ، فهو يسقط حق
المطلق في ملك النكاح ، ويثبت حقه وملكوته في العوض المالي .

وقد اتفق الفقهاء على أن مثل هذا التصرف إسقاط . . . ورتبوا عليه أحكام
الإسقاط ، ولم ينظروا فيه إلى جانب التملك^(١) ، فقد قالوا : إنها إذا بلغت
وسكتت . . . سقط حقها في الخيار . . بخلاف الثيب ، والغلام ، فإن سكوتهما
لا يعتبر رضا ، ولا يسقط حقهما في الخيار .
ولا بد من صريح الرضا ، إذا السكوت لا يعتبر رضا ، ولا يسقط به الحق دائما
بل في بعض الموانع .

وكذلك في الشفعة . . . إذا علم الشفيع بالبيع ، وسكت . . . سقط حقه في
الشفعة .

وكذلك لورأت الزوجة زوجها يبيع عينا من الأعيان ، وسكتت ، أوراى
القريب قريبه يبيع العين . . وسكت . . فإن سكوت الزوجة والقريب ، وعدم
اعتراضهما على التصرف يسقط حقهما في ادعاء ملكية هذه العين ، ولا نسمع
منهما الدعوى بملكيتها بعد ذلك .

أما الأجنبي — ولو جاراً — فلا يعتبر سكوته رضا يسقط حقه في دعوى
الملك . . . إلا إذا سكت عند البيع والتسليم ، وتصرف المشتري في العين .

(١) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧٨ — حاشية الدسوقي
على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩٩ كشف القناع على متن الاقناع ج ٢ ص ٤٧٧ —
شرح الأزهري ج ٤ ص ٢٥٨ قرأ عيون الأخبار لتكملة رد المختار على الدرر
المختار للعلامة بن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ .

— ٢٢٥ —

(الإسقاط .. وعقد الصلح .. وأثر السكوت على ذلك)

قد يجيء (الإسقاط) ضمن عقد الصلح ، وإن لم ينص فيه صراحة على الإسقاط ، أو الإبراء .

ففي الهداية : (وكل شيء وقع عليه الصلح — وهو مستحق بعقد المداينة — لم يحمل على المعاوضة ... وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه ، وأسقط باقيه .. . كمن له على آخر ألف درهم — مثلاً — فصالحه على خمسمائة وكن له على آخر ألف جياذ (سليمة جيدة) فصالحه على خمسمائة زبوف .. . جاز) .

وكانه أبرأه عن بعض حقه ، وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة ، لإفضائه إلى الربا .. . لجعل إسقاطا لبعض — في المسألة الأولى — ، وللبعض والصفة — في المسألة الثانية .

وإن كان له عليه ألف بيض ، فصالحه على خمسمائة سود .. . جاز ، ويكون إسقاطا لبعض حقه في قدر الدين ، ووصفه .

ولو كان عليه ألف درهم ، ومائة دينار .. . فصالحه على مائة درهم ، حالة — أو إلى شهر صح الصلح ، ويكون إسقاطا للدنانير كلها ، وللدرهم إلا مائة .. . وتأجيلا للباقي فلا تجعل معارضته ، تصحيحا للعقد ، أو لأن معنى الإسقاط فيه .. . ألزم .

وفي (الخاتمة) : (والصلح ينفي عن الإسقاط .. . ولو صالح من الجياذ (الجيدة) على المهرجة (الزائفة الباطلة) .. . جاز ، ولا يكون — حيثئذ — صرفاً بل يكون إسقاطاً لصفة الجودة .

ومن عليه الدين المؤجل — إذا صالح صاحبه دينه على أن يجعله حالا — إن لم يكن بعرض جاز ، لأن المؤجل حقه .. . فيملك إسقاطه .

(١٥٠) من السكوت)

والصلح على ثلاثة أضرب :

- ١ - صلح مع إقرار المدعى عليه بالحق للمدعى به .
 - ٢ - وصلح على سكوت .. وهو ألا يقر المدعى عليه بالحق ، ولا ينكره .
 - ٣ - وصلح مع إنكار المدعى عليه لهذا الحق .
- وكل ذلك جائز . .

والإسقاط — المعتبر فى ضمن الصلح - ليس معناه سقوط نفس الحق ،
بالنسبة للصلح - مع الإنكار .. وإنما معناه سقوط حق المطالبة ، والادعاء به .
أما نفس الحق فيبقى ثابتاً على من هو عليه . . . ويجب عليه أن يؤديه
لصاحبه ، رغم الصلح فيما بينه وبين الله . . . وهذا مما يعبر عنه بالسقوط قضاء
لا ديانة .

وهذا ما لم ينص في الصلح على الإبراء من الباقي . . . فإن نص فيه على الإبراء سقط الحق قضاء وديانة .

وإذا بطل عقد الصلح بطل ما تضمنه من إسقاط ... أو إجراء ، ولو كان منصوباً عليه صراحة .

ولسكن... هل يعتبر القبول في الإسقاط؟

وانجيب على ذلك فنقول :

إن الحق .. والملك الذي يرد عليه الإسقاط حق خالص لصاحبه ... وإقدام صاحبه على إسقاطه تصرف منه في خالص حقه ، دون أن يمس ذلك حقا لغيره ، ودون أن يترتب عليه أثر يعلني بالغير ، أو يستوجب تسكيفا عليه .

ومن ثم كان الأصل في الإسقاط أن يتم بإرادة المسقط وحده ، وينفذ

بصدور ما يحقن معناه منه : من قول .. أو فعل .. أو سكوت — كما سبق —
ولا يتوقف على قبول المسقط عنه ، ولا يرتد برده — كالطلاق يتم بإرادة
المطلق ، وكسليم الشفعة .. يتم بإرادة الشفيع دون توقف على قبول ، أو إرادة
الطرف الآخر .

وهذا هو الحكم في الإسقاط المحض ، الذي ليس فيه تملك — ولو من
وجه — ولا يقابله عوض .

وجاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم (١) : (أن الإبراء لا يتوقف على القبول ،
إلا الإبراء من بدل العرف ، والسلم) .

وفي الخوى : أن الإبراء لا يحتاج إلى القبول ، وأنه إذا سكت المبرأ جاز ،
وقد نص فقهاء الحنفية على أن الطلاق على مال يتوقف على القبول ، فإن لم يحصل
قبول ، لا يتم .. ولا يقع طلاق ... ولأن حصل قبول صح ، ووقع الطلاق ..
وعلموا ذلك بأنه يكون — حينئذ — معاوضة ، فيتوقف ثبوت الحكم على
قبول دفع العوض من الطرف الآخر ، إذ المعاوضة لا تتم إلا برضا الطرفين ...
وكذلك قالوا في الصلح عن دم العمد نظير بدل .

ولا يكاد يخالف أحد من الفقهاء في أن الإسقاطات المحضة ، التي ليس فيها
معنى التملك ، والتي لم تقابل بعوض ... تكون بإرادة المسقط وحده ،
ولا تتوقف على قبول المسقط عنه .. مع استثناء بدل العرف ، والسلم — عند
الحنفية — لما فيه من معنى الفسخ .

ولما الخلاف في الإسقاطات التي فيها معنى التملك كالإبراء من الدين ، ومناط
هذا الخلاف : هو اعتبار أى المعنيين — من التملك ، والإسقاط — هو الغالب
في هذا التصرف ؟

والذي يفهم من المذهب الحنفى .. أن الإبراء من الدين يعتبر من الإسقاطات
ولا يتوقف على قبول المبرأ .

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص .

وقد عانف في ذلك الإمام زفر : فذهب إلى أن الإبراء من الدين يتوقف على القبول ؛ نظراً لجانب التملك فيه ... وهو قول لبعض الشيعة الجعفرية .

وذهب الشافعية ، والحنابلة ، وجمهور الشيعة الجعفرية (١) .. إلى أن الإبراء من الدين يتم بإرادة المبرى ، ولا يتوقف على قبول المبرأ منه ، (٢) نظراً لجانب الإسقاط فيه ، ولأنه تصرف يتعلق بخالص حق المبرى ، ولا يتعلق به حق للغير .

ولما لكية (٣) ، والزيدية (٤) - في ذلك - قولان :

١ - القول الأول : - أنه يتوقف على القبول ، مراعاة لجانب التملك فيه - وهو الأرجح .

٢ - القول الثاني : - أنه لا يتوقف على القبول ... بل يتم مع رد المبرأ ، مراعاة لمعنى الإسقاط فيه .. كالطلاق .

ويحوز أن يتراخى القبول عن مجلس الإيجاب .. عند من يقول باشتراط القبول - من المالكية (٥) .

كما يجوز للمبرى الدائن أن يرجع عن الإبراء - قبل حصول القبول . وقد ذهب بعض الحنفية (٦) - عدا الإمام زفر - إلى أن الإبراء من الدين - إذا كان بهبة الدين للمدين ، أو التصديق عليه .. فإنه لا يتم إلا بقبول المبرأ ؛ لأن معنى التملك فيه أظهر .

(١) انظر : مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٣٩٢ .

(٢) انظر : تكملة ابن عابدين ج ٢ ص ٣٤٧ .

(٣) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩٩ .

(٤) انظر : شرح الأزهار ج ٤ ص ٢٥٨ .

(٥) انظر : حاشية السوقي ج ٤ ص ٩٩ .

(٦) انظر : تكملة ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٣٤٧ .

ولكن المشهور - عند الحنفية - أن الإبراء من الدين في جميع صورته - ومنها هبته للمدين - يتم بدون توقف على القبول ... وأنه ينفذ مع سكوت المدين في مجلس الإيجاب ؛ نظراً لجانب الإسقاط فيه ... وهذا هو مذهب الشافعية (١) والحنابلة (٢).

وذهب آخرون إلى أن هبة الدين للمدين تتوقف على القبول ؛ لظهور معنى التملك فيها .

بل إن المالكية يرون أنها نص في التملك ، فتتوقف على القبول ، وترد بالرد .

والإبراء من الحوالة ، ومن الكفالة .. يعتبر من الإسقاطات المحضة ، عند الحنفية . ومن ثم اتفقوا على أنه لا يتوقف على القبول .

(أ) أما الحوالة .. فلأن المحال لم يملك الدين بالحوالة ، إذ لو ملكه لكان تملك الدين حاصلًا من غير الذي عليه الدين ... وهو لا يجوز شرعاً ، ملك المطالبة بالدين من المحال عليه ... فإذا أبرأه يكون إبراء عما ملكه بالحوالة - وهو المطالبة بالدين .. والإبراء من المطالبة إسقاط محض ، ومن ثم لم يتوقف على القبول .. قولاً واحداً .

(ب) وأما الكفالة ... فإن الطالب إذا أبرأ الكفيل من المطالبة بالدين ، فلا يحق له أن يعود في مطالبته به مرة أخرى ... فهو إبراء مؤبد .. وبالتالي هو إسقاط محض ، فلم يتوقف على القبول .. قولاً واحداً كذلك (٣) .

(١) انظر : المهذب ج ٢ ص ٤٥٤ .

(٢) انظر : كشف القناع ج ٢ ص ٤٧٧ .

(٣) يراجع في هذا الموضوع : —

● تكملة ابن عابدين على الدر المختار ج ٢ ص ٣٤٧ .

● الأشباة والنظائر لابن نجيم ، شرح الحموي عليه . ص .

خاتمة في .. المقارنة بين (الإبراء) .. (والإسقاط) : -

١ - الإبراء قد يكون من حق ثابت في الذمة .. وقد يكون من حق قائم بنفسه ، وليس ثابتاً في الذمة - كحق الدعوى ، والكفالة إذ يصبح الإبراء منهما ، ولكنه لا يكون - دائماً - إلا من حق قائم .. ثابت للمبرئ قبل شخص آخر .

٢ - أما الإسقاط .. فإنه يتعلق بحق ثابت للمسقط ... سواء كان من قبل شخص آخر ، كحق الدين ، والدعوى ، والكفالة ، وما ماثلها .. أو لم يكن قبل شخص معين ؛ كحق الشفعة ، وحق السكنى لمن أوصى له بسكنى دار .. فإن حق الشفعة مقرر للشفيع قبل من يشتري العقار ، الذي يطلب الشفعة فيه ... أيما كان هذا المشتري .

وحق السكنى يثبت للموصى له قبل من يملك العين الموصى بسكنائها ... سواء ورثه الموصى له ، أو غيره .

فبين الإسقاط .. والإبراء .. عموم وخصوص من وجهه : يجمعان في الإبراء من الدين براءة إسقاط ... وينفرد الإسقاط في مثل حق الشفعة ، وحق السكنى الموصى بها - مما ليس ثابتاً قبل شخص معين .

وينفرد الإبراء في حالة الإبراء من الدين براءة استيفاء ، كالزوجة تبرئ زوجها من مؤخر صداقها ، ونفقة عدتها نظير الطلاق (١) .

=

- وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٤ ص ٩٩ .
- ونهاية المحتاج للرملى ج ٥ ص ٤١ .
- وكشاف القناع ج ٢ ص ٤٧٧ .
- شرح الأزهاري ج ٤ ص ٢٥٨ .
- مطالب أولى النهى ج ٤ ص ٣٩٢ .
- (١) انظر : تنفتح الفتاوى الحامدية ج ٢ ص ٤٨ وما بعدها .

المبحث السابع

(السكوت الذي يعتبر تدليساً !!)

اعتبر الشارع الحكيم عدم إفصاح البائع عن عيوب سلعته ، وكتباته أو صافها
أى سكوته عن أو صاف الشيء المبيع ... اعتبر هذا خداعاً وغشاً . وهو ما يعبر
عنه عند الفقهاء بـ (بالتدليس في البيع) .

فما التدليس ؟ وما آثاره في المعاملات ؟

التدليس - في اللغة : كتمان عيب السلعة عن المشتري (١) .

وأما معناه - عند الفقهاء - فقد عرفه الخطاب - وهو فقيه مالكي :
بقوله : (أن يفعل البائع في المبيع - شيئاً يظن به المشتري كالا - فلا يوجد)
وقال أيضاً : (هو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يستر به عيبه ، فيظهر في صورة
السالم) (٢) .

وعرفته مجلة الأحكام العدلية (م ١٦٤) فقالت : (هو توصيف المبيع
للمشتري بغير صفته الحقيقية) (٣) .

ويفهم من هذا .. أن التدليس يراد به استخدام وسائل خادعة من أحد العاقلين
لحل الطرف الآخر على التعاقد ... سواء أكانت هذه الوسائل أفعالا .. أم أقوالا .

أما أنواع التدليس فهي ثلاثة :

١ - تدليس عملي .. وصورته أن يستعمل أحد المتعاقدين حيلة عملية لخداع

(١) القاموس المحيط ج ٢ ص ٢١٦ ، المصباح المنير ص ٦٨ .

(٢) انظر : الخطاب ج ٤ ص ٤٣٧ .

(٣) انظر مجلة الأحكام العدلية ص ٢٠ .

المتعاقد الآخر ، وحمله على التعاقد ... كما إذا رقع التاجر ثوباً مخرقاً ، وصبغه ،
لسكى يظهر أمام المشتري سليماً جديداً !!

٢ — تدليس قولي .. وصورته أن يلجأ التاجر إلى الكذب ، للتغريب بالمشتري
كما لو أضاف صفقة - غير موجودة في السلعة : موضوع التعاقد - الإيقاع بالمشتوى !!

٣ — تدليس عن طريق الكتمان (أى السكوت) .. وصورته أن يعتمد التاجر
إلى التناضى عن ذكر أوصاف في المتعاقد عليه ، وهو يعلم أنه لو ذكرها لامتنع
المتعاقد منه عن إبرام العقد .. وذلك كما لو كان في المبيع عيب فكتمه عن المشتري !!

والذى يعيننا من هذه الأنواع هو النوع الأخير ، وهو التدليس بالكتمان ..
(أى السكوت) ... وفى هذا النوع يتغاضى التاجر عن ذكر عيب معروف لديه
فى العين محل العقد ، ولا يبينه للمشتري !!

وقد اتفق الفقهاء (١) على أن هذا العمل منكراً ، ولا يقبل من مسلم ، ولا ينجى
إليه الإقدام عليه مطلقاً ، لما روى عن النبي ﷺ : (لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً
وفيه عيب إلا يبينه له) (٢) [رواه ابن ماجه] .

أما أثر هذا التدليس على التعاقد .. فقد اتفق أغلب الفقهاء على أن العقد
صحيح .. وأن العقد المدلس عليه — بالكتمان — له حق الخيار ، إذا ما اطلع
على هذا العيب .. ويكون الخيار بين أمرين :

(١) رد العين إلى البائع . (ب) إمساكها بجميع الثمن المتفق عليه .
وإليك فصوص الفقهاء الواردة فى هذا الشأن :

(١) انظر : الفقه الإسلامى أساس التشريع — لجنة تجلية مبادئ

الشريعة ص ٢٩٩ .

(٢) انظر : سفن ابن ماجه ج ٢ ص ١٧ .

١ - المذهب الحنفي .. جاء في الزيلعي^(١) (واسكون للسلامة كالمشروطة في العقد .. لا يحل أن يبيع المعيب حتى يبين عيبه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً - فيه عيب - إلا بينه له ، [رواه ابن ماجه وأحمد] ومر عليه السلام برجل يبيع طعاماً ، فأدخل يده فيه - فإذا هو مبلول - فقال : د من غشنا فليس منا ١١ ، [رواه مسلم وغيره] .

وكتب عليه السلام كتاباً بعد أن باع فقال فيه : د هذا ما اشتري العبداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله ﷺ : اشتري منه عبداً - أو أمة - لاداء ولا غائلة ، ولا خبشة .. يبيع المسلم للمسلم ، (رواه ابن ماجه والترمذى) .

ويقول الشلبي في حاشيته - تعقبياً على ما تقدم من أنه (يبيع المسلم للمسلم) (٠٠٠) وليس في ذلك ما يدل على أن المسلم إذا باع لغير المسلم جاز له أن يعامله بما يتضمن خيانه ، أو غيباً ١١ وإنما قال ذلك على سبيل المبالغة) .

٢ - وفي المذهب المالكي^(٢) : (ولا يجوز النش في المراجعة ولا غيرها .. ومنه أن يكتم من أمر سلعته ما يكرهه المشتري ، أو ما يقلل رغبته فيها) .

٣ - وفي المذهب الشافعي^(٣) : (ومن ملك عينا ، وعلم بها عيباً .. لم يجوز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، لما روى عن عقبة بن عامر - رضى الله عنه - قال سمعت النبي ﷺ يقول : د المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له ، .. فإن علم غير المالك - بالعيب - لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه ، لما روى أبو سباع قال : اشتريت ناقة من دار وائلة بن الأسقع ، فلما خرجت بها أدر كنا عقبة بن عامر ، فقال : هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها ؟ إنها لسمينة ظاهرة الصحة .. فقال : أردت بها سفراً ، أم أردت بها لحماً ؟ قلت :

(١) انظر د الزيلعي ج ٤ ص ٣١ .

(٢) انظر : القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٦٣ .

(٣) انظر : المهذب ج ١ ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

أردت عليها الحج ، قال : إن يخفها نقبا ١١ قال صاحبها : أصلحك الله ١١ ما تريد إلى هذا أن تفسد على ١٢ قال : إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : لا يحل لأحد يبيع شيئا إلا بين مافيه ، ولا يحل لمن يعلم تالك إلا بينه ، فإن باع ولم يبين العيب - صح البيع ؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - صحح البيع في المصراة - مع التدليس بالتصيرية ..

ويفهم من ذلك أن البيع يصح ؛ ولكن يثبت فيه خيار التدليس ، كما ثبت في التدليس بالتصيرية .

٤ - وفي مذهب الإمام أحمد ورد ما نصه (١) (ولا يحل للبائع تدليس سلعة ولا كتمان عيبها ، لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « من غشنا فليس منا ١١ » ، قال الترمذى ، هذا حديث حسن صحيح .. فإن فعل فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم - منهم أبو حنيفة ومالك والشافعي بإدليل حديث التصيرية ، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - صححه ، مع نهي عنه .. وقال أبو بكر : إن دلس العيب ، فالبيع باطل ، لأنه نهي عنه ، والنهي يقتضى الفساد ، فقليل له : ما تقول في التصيرية ؟ فلم يذكر جواباً ، فدل على رجوعه) .

ويؤخذ من ذلك أن الصحيح هو قياس التدليس بكتمان العيب على التدليس بالتصيرية ... فيكون البيع صحيحاً ، ولكن يثبت فيه الخيار للمشتري .

ويفهم من تلك النصوص الفقهية أن البائع إذا أخفى العيب الموجود في المبيع - بأن كتمه عن المشتري ، ولم يبينه - فالحنفية يعدون هذا الكتمان حراماً ... والمالكية يصرحون بأنه تدليس ... والشافعية والحنفية يعتبرونه غشاً كالتصيرية (٢) .

(١) انظر : الشرح الكبير على متن المغنح ج ٤ ص ٨٤ ، ٨٥ .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

المبحث الثامن

السكوت والصلح

الصلح في تصور الفقهاء .

الصلح عند الحنفية : جاء في شرح^(١) كنز الدقائق :

« الصلح اسم بمعنى المصالحة وهو حلاف المخاصمة . وفي الشرع [هو عقد يرفع النزاع وركنه الإيجاب والقبول وشرطه أن يكون البذل أى المصالح عليه مالا معلوما أن احتيج إلى قبضة إلا تشترط معلوميته وهو أى الصلح جائز باقرار المدعى عليه . الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع إقرار . و صلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه بما ادعاه المدعى ولا ينكر ذلك وقال الشافعى لا يجوز الصلح مع إنكار أو سكوت فان وقع الصلح عن مال بمال باقرار اعتبر بيعا . المالكية : وجاء^(٢) في الشرح العفير على مختصر أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك « الصلح جائز عن إقرار وإنكار وسكوت إن لم يؤدى إلى حرام . وهو على غير المدعى به بيع إن لم يكن منفعة وإلا فإجارة وعلى بعض هبة وإبراز .

الشافعية وجاء في حاشية الباجورى^(٣) ويجوز الصلح والمراد بالجواز الصحة قوله مع الاقرار أى ولو أنكر بعده فإن أقر ثم أنكر .

جاز الصلح بخلاف مآل أنكر فصول ثم أقر فإن الصلح باطل كما قدالة المارردى . . . إلى أن قال وخرج به الصلح مع غير الاقرار من إنكار أو سكوت

(١) انظر . شرح البهلاشة بعين الدين الهروى المعروف بفيل مسكين على كنز الدقائق في فروع الحنفية . الطبعة الأولى الحسينية سنة ١٣٢٨ هـ .

(٢) ج ٣، طبع ١٩٧٩ .

(٣) انظر حاشية الباجورى على ابن قاسم ج ١ ص ٤٠٣ .

فلا يصح عندنا إلا في مسائل منها اصطلاح الورثة فيها وقف بينهم كما إذا مات الميت عن ابن وولد خنثى فمسئلة الذكورة من اثنين ومسئلة الانوثة من ثلاثة . والجامعة ستة فيعطى الابن ثلاثة والخنثى اثنين ويوقف واحد إلى الاتصاح أو الصلح كأن يصطلحا على أن يكون لكل منهما نصف القيراط .

الحفالة جاء في كتاب الجامع الصغير (١) قال تعالى والصلح خير ويجوز الصلح على الافرار والإنكار والسكرات الذى لاقرار مع دلائل إنكار (١) .

وبعد استعراض هذه النصوص أقول .

ماهو الصلح . وما الدليل على مشروعيته ولماذا شرع وماهى شروطه وأقسامه أولا : تعريف الصلح .

ويعرف الصلح في اللغة . وهو اسم من المصالحة ومعناه لغة المسالمة :

وعند الفقهاء : عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتخاصمين بتراجيحها والدليل على مشروعيته — القرآن والسنة والاجماع .

أما القرآن فأدلة كثيرة منها : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » الآية ، (٢) .

أما السنة أحاديث كثير منها (٣) « ما رواه أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما » .

(١) انظر الجامع الصغير للقاضى ابى يعلى الخنبلى ص ٩٩ وهى رسالة مخطوطة وحى لدى حيث اشتركت فى مناقشتها بكلية الشريعة .

(٢) سورة الحجرات ٩ .

(٣) الترمذى ج ٢ ص ٤٠٣ رقم ١٣٦٣ .

٢٣٧ -

أما الإجماع : فقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن ، وكان ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم . وهذا يعتبر إجماعا منهم .

وقد شرعه الإسلام : لأنه يؤدي إلى إزالة الشقاق والبغضاء وإحلال الوفاق محل الخلاف ، فإذا زالت الأحقاد من قلوب المتخاصمين وأبنت ثمار الوثام في أفئدتهم يزملون جميعا في حلل السعادة والهناء .

أما شروط الصلح : فهي كثيرة منها ما يرجع إلى المصالح ومنها ما يرجع إلى المصالح به ومنها ما يرجع إلى المصالح عنه .

١ - للشروط التي ترجع إلى المصالح فهي : أولا : أن يكون عاقلا . وهذا شرط عام في جميع التصرفات فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل وأما البلوغ فليس بشرط إذ يصح صلح الصبي المميز إذا كان له فيه نفع ويقع نافداً إن كان مأذونا له بالتجارة وموقوفاً على الإجازة إن كان محجورا عليه كأن يكون للصبي دين آخر ولا يمكن إثباته بحال من الأحوال فحينئذ يصح الصلح على أخذ البعض وترك البعض الآخر فان كان يمكن إثباته فلا يصح الصلح .

ثانيا : أن يكون الولي أو الوصي المصالح عن الصغير محافظا على مصلحة من هو تحت ولايته فلا يصح الصلح إذا كان ضاراً بالصغير .

ثالثا : أن يكون المصالح عن الصغير بمن يملك التصرف في ماله كولي أو وصية . والمراد بالولي هنا ولي المال وهو الأب والجد الأب والقاضي . والمراد بالوصي وصي أحد هؤلاء .

الشروط التي ترجع إلى المصالح به هي :

أولا : أن يكون مالا متقوما مقدور التسليم أو منفعة سواء كان المال حينا أو دينا . والمراد بالعين : كل مالا يحتمل التمين جنسا ونوعا وقدرها وصفة وباستحقاقا كالعقارات وجميع أنواع الأموال القيمة وكلهات المعينة بالإشارة إليها

- ٢٣٨ -

والمراد بالدين : كل ما يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير والمسكيل والموزون المرصوفين في الدمة . (غير الذهب والفضة لأنهما لا يحتملان التعيين) .

ثانياً : أن يكون معلوما علماً نافياً للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع إلا إذا كان يحتاج فية إلى التسليم والتسلم فإنه لا يشترط العلم به . كما إذا ادعى كل من رجلين على صاحبه شيئاً ثم تصالحا على أن يجعل كل منهما حقة بدل صلح عمال الآخر . أما المصالح عنه فلا يشترط العلم به على كل حال لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم إلا إذا اصطالحا على أن يعطى كل للآخر ما يدعيه .

ثالثاً : أن يكون مما يصح ورود عقد البيع عليه إذ الأصل أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وإلا فلا .

ويترب على ذلك أنه لا يصح أن يكون بدل الصلح حقاً من الحقوق المجردة كالسيل والشرب اللذين لاحق للمصالح في ذات المصرف والمسقى المارين فيهما .

الشروط التي ترجع إلى المصالح عنه هي :

أولاً : أن يكون مالا متقوماً أو منفعة .

ثانياً : أن يكون حقاً من حقوق العباد لأن المصالح متصرف في حق نفسه إما باستيفاء كل حقه أو باستيفاء البعض وإسقاط الباقي أو بالمعاوضة . أما حقوق الله فلا يصح الصلح عنها

ويترب على ذلك أنه لا يصح المصالحة على حق من حقوق الله . كحد الزنا والسرقة وشرب الخمر . وذلك بأن يصالح الزاني أو السارق أو شارب الخمر من أمسكه ليرفمة إلى القاضى على شيء من المال فإن حصل ذلك فلا يصح هذا الصلح ويعتبر المال رشوة .

ثالثاً : أن يكون المصالح عنه حقاً للمصالح فإن لم يكن حقاً له فالصلح باطل

- ٢٢٩ -

كما لو طلق رجل امرأته ثم ادعت عليه صبيا في يده أنه ابنه منها وأنكر الرجل ذلك فصالحته عن النسب على شيء فالصالح باطل لأن النسب حق للصبي لاحقةا .

رابعاً : أن يكون الحق ثابتاً للمصالح في المحل المصالح عنه فإن لم يكن ثابتاً له في المحل كما إذا صالح المشتري الشفيع على شيء ليترك شفيعته .

فالصالح باطل لأنه لاحق للشفيع في المصالح عنه وإنما الثابت له حق التملك وهو ليس ثابتاً في المحل بل هو حق الولاية التي هي صفة الوالي فلا يحتمل الصالح عنه (١) .

أما الصالح وحكم كل قسم (٢) :

ينقسم الصالح إلى ثلاثة أقسام : صالح عن إقرار ، وصالح عن انكار ، وصالح عن سكوت :

الصالح عن إقرار : هو أن يدعى شخص على آخر شيئاً عينا كان أو ديناً أو منفعة فيقر المدعى عليه للدعى بأنه محق في دعواه ثم يتصالحان على شيء . . .

أما الصالح عن إنكار : كأن يدعى شخص شيئاً بما ذكر على آخر فينكر ثم يتصالحان .

أما الصالح عن سكوت : أن يسكت المدعى عليه أي لم يقر ولم ينكر ثم يتصالحان .

وحكم هذه الأقسام الثلاثة هو الجواز عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى (والصالح خير) وهو مطلق فيشمل الجميع . ولقول سيدنا عمر بن الخطاب

(١) حاشية ابن عابدين على الدرر ج ٥ ص ١٣١ - الدرر ج ٤ ص ١٧٧ المغنى لابن قدام ج ٤ ص ٣٠٩ ص ٣ ص ٣٠٩ مغنى المحتاج ج ٢ ص ١٧٧ المغنى لابن قدام ج ٤ ص ٥٢٧ .

(٢) نفس المرجع .

رضى الله عنه ردوا الخصوم حتى يسطلحوا فإن فصل القضاء يورث بلهم الضغائن .

وقال الإمام الشافعى (١) : لا يجوز إلا الصلح عن إقرار لأن الصلح يستدعى حقا ثابتا ولم يوجد في حال الإنكار والسكوت . أى في حال الإنكار فلأن الحق لا يثبت إلا بالدعوى وهى معارضة بالإنكار ومع التمارض لا يثبت الحق .

وأما في حالة السكوت : فلأن الساكت يعتبر منكرا حكما حتى تسمع عليه البيهنة وبذل كل منهما المال لدفع الخصومة غير صحيح ، لأن الخصومة باطلة فيكون البذل في معنى الرشوة وهى ممنوعة شرعا بقوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون ، (٢)

وخلاصة ما تقدم : أن الاتفاق بين الفقهاء (٣) والشافعى في جواز الصلح مع المدعى عليه إذا أقر ، أما إذا أنكر أو سكت فالفقهاء عدا الشافعى على الجواز والشافعى لا يجوز عنده .

وقد جاء في بداية المجتهد د اتفاق المسلمون على جوازه على الإقرار واختلوا في جوازه على الإنكار ومثال الصلح على الإنكار أن يقول : صالحنى على دعواك السكاذبة أو على دعواك التى أنكرها وكذلك إذا سكت عن الإقرار . فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى جواز الصلح مع الإقرار والإنكار والسكوت .

(١) انظر حاشية النياجورى على ابن قاسم ج ١ ص ٤٠٣.

(٢) المهذب لابن اسحق الشيرازى ج ١ ص ٣٣٣ .

(٣) انظر المراجع السابقة وبداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٩٣ .

(٤) سورة البقرة ١٨٨ .

المبحث التاسع

(السكوت . . والشفعة)

الشفعة في اللغة : — قال صاحب مختار الصحاح : (الشفعة في الدار ، والأرض ، والشفيع صاحب الشفعة . . .) (١)

وقال صاحب القاموس المحيط : (وقوله تعالى : من يشفع شفاعة حسنة — أى من يرد عملا إلى عمل . . . وكأثير — شفيع ، صاحب الشفاعة ، وصاحب الشفعة — بالضم — وهى أن تشفع فيما تطلب ، فتضمه إلى ما عندك ، فتشفعه أى تزيده — وعند الفقهاء . — حق تملك الشقص (٢) ، على شريكه المتجدد ملكه قهرا بعوض ، وقول الشعبي : الشفعة على رؤوس الرجال : أى إذا كانت الدار بين جماعة غتلف السهام ، قباع واحد نصيبه ، فيكون ما باع لشركائه بينهم سواء : على رؤوسهم لأهل سهامهم (٣) .

وتعريفها عند الفقهاء — يتفق وما جاء في القاموس المحيط — فهى حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك . . . بعوض (٤) .

وهى لا تنبئ إلا فى المقار — خلافا للظاهرية ، فهى تجوز — عندهم — فى المقار ، وفى المنقول .

(١) انظر مادة : ش . ف . ع .

(٢) الشقص : النصيب والسهم والشرك .

(٣) انظر القاموس المحيط باب العين فصل الشين : لفظ (الشفيع) : ج ٣ ص ٤٧ طبعة الحلبي ١٩٥٢ .

(٤) انظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٩٦ .

٢٤٢ -

والحكمة في عدم ثبوتها في (المنقول) - كالحیوان وغيره - هو أن المنقول لا يرد، بخلاف العقار، فيتأبد ضرر المشاركة (١)

والقياس عدم جوازها، لأنها تملك بالقهر، مع أن من شروط العقد (الرضا) ولكنها تلقت للشفيع بالثمن الذي تحدد للبيع (موضوع الشفعة)، رضى المتبايعان أو سخطا. ومع هذا أجازها الشارع للحاجة إليها، وهي دفع ضرر - متوقع غالبا - من الدخيل، فيما هو متصل على الدوام - وهو العقار (الدار والأرض) .. والمنقول ليس كذلك.

الأدلة على جوازها : السنة والإجماع ...

(١) أما السنة فمنها :

١ - ما رواه البخاري عن جابر بن عبد الله - رضى الله عنه - قال : - وقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

٢ - وما رواه البخاري - أيضا - عن أبي رافع - مولى النبي صلى الله عليه وسلم - قال : « الجار أحق بشفعة » . (والشقبة والصقبة بفتححتين - القرب) .

(ب) وأما الإجماع . . فقد حكى ابن المنذر فيها الإجماع . . لكي نقل الراعى عن جابر بن يزيد - رضى الله عنه - (وهو من التابعين) إنكارها وقال الدمي : ولعل ذلك لم يصح عنه (٢) (أى عن جابر بن يزيد) ، الآن .

١ - من الشفيع الذى له حق الشفعة ؟

٢ - وما الإجراءات التى يتبعها شرعاً وقانوناً ؟

٣ - وماذا يكون الحكم لو سكنت عن طلب الشفعة ؟

(١) انظر : مغنى المحتاج ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٢) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٤٦٠ ، ومغنى المحتاج ج ٢

أُسئله ثلاثة تعرض من خلال إجاباتها آراء الفقهاء، ونصوصهم، في هذا الموضوع

١ - من الشفيع الذى له حق الشفعة ؟ اختلف الفقهاء في ذلك . .

(١) قال الحنفية : يثبت هذا الحق للشريك في العين نفسها . . ثم للشريك في حق من حقوق الارتفاق الخاصة . . ثم للجار - إن لم يسكن للبائع شريك في هذا أو ذاك .

وقد جاء في مختصر الطحاوى : (وأولى الشفعاء - بالمبيع - الشريك . . ثم يتلوه الجار الملاصق) (١) .

وقد استدل الحنفية - على مذهبهم - بالأدلة السابقة ، وفيها دلالة على حق الجار في الشفعة . وبأن حكمة شرعية للشفعة للشريك تظهر - أيضاً - في حق الجار ، دفعا للضرر عن الائتين . . وقالوا - أيضاً - إن صلة إثبات حق الشفعة للشريك توجب ثبوته للجار أيضاً (٢) .

(ب) وقال المالكية ، والشافعية والحنابلة ، والظاهرية :

لن حق الشفعة ليس إلا للشريك في ذات المبيع . . فلا شفعة - عندهم - للخليط ، أو للشريك في حق من حقوق الاتفاق الخاصة بالمبيع . . ولا للجار ذلك بأن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل (وهو خروجها عن القياس) فلا يصح التوسع فيها . . بل يجب الوقوف فيها على ما ورد به النص .

واستدل هؤلاء بأحاديث كثيرة منها : (قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة) .
وقد أولوا الأحاديث التي استدلت بها الحنفية ، والتي أثبتت حق الشفعة للجار . . فقالوا نأولونها - مانعه : (ذلك يجعلها على الشريك ، لأن ملك كل شريك محمول على صاحبه . . فكل منهما جار للآخر) (٣)

(١) انظر : مختصر الطحاوى ص ١٢٠ .

(٢) انظر : البدائع ج ٥ ص ٤ ، ٥ .

(٣) انظر : الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٤٩ ، نهاية المحتاج ج ٤

ص ١٤٥ ، المغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٢٨٥ المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٨٢ - ١٠٣ .

سبب هذا الخلاف المذهبي :

هذا الاختلاف راجع إلى أن كلا من الطرفين يجرى وراء (دفع الضرر) الذي أراد الشارع دفعه بتشريع الشفعة :

(أ) فمنهم من رأى أن الشاوع أراد دفع ضرر الشريك - إذا باع لغير شريك وقد فرق الله بين (الشريك) و(الجار) شرعاً وقدرأ . . ففي الشركة حقوق لا توجد في الجوار . . فلم يجوز إلحاق (الجار) (بالشريك) - له بينهما هذا الاختلاف - والنتيجة : أن الشفعة للشريك وحده .

(ب) ومنهم من رأى أن حق الشفعة للشريك . وللجار - للشريك وحده - فإن الجار قد يسمى الجوار بأن يعمل الجوار . . ويمنع الضوء والهواء ، ويطلع على العورة ، ويؤذى جاره بألوان أخرى من الأذى ، ولا يأمن جاره بوائقه . . . فلدفع هذا الضرر - الذي قد لا يقل عن ضرر الشريك - تكون الشفعة للجار أيضاً .

وقد جمع ابن القيم بين المذهبين (١) ، واختار قولاً وسطاً ، وهو إنفاك الشفعة للجار ، إن كان مع جواره - شريكاً - أيضاً - في حق من حقوق الارتفاق الخاصة مثل الطريق . . والشرب وإلا فلا شفعة للجار - إن لم يكن بينه وبين العقار المبيع - حق مشترك الميئة .

وهذا رأى وسط بين الذين يجعلون للجار حق الشفعة مطلقاً - حتى إن لم شريكاً للبائع في بعض حقوق الارتفاق - وبين الفقهاء الذين لا يجعلون له حق الشفعة مطلقاً - حتى إن كان شريكاً للبائع في بعض حقوق الارتفاق .

ويشهد لهذا أحاديث . . منها : قوله - صلى الله عليه وسلم - (الجار أحق بشفعة جاره ، ينتظر بها - وإن غابا - إذا كان طريقهما واحداً) .

ومنها (قضاؤه - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) .

(١) انظر : اعلام الموقعين ج ٢ ص ٩٤ ، ٩٥ .

فالحديثان ينصان على اشتراط أن يكون للجار شركة في حق من حقوق الارتفاق ، الخاصة بالمعار المبيع - كالطريق ، ويقاس الشرب على الطريق .
وعلى هذا يمكن رد الأحاديث - التي ورد فيها إثبات الشفعة للجار دون هذا الشرط - إلى هذين الحديثين (١) .

(ما الاجراءات التي يتخذها الشفيع ؟)

لكي يحصل الشفيع على حقه .. عليه أن يقوم .. من وقت علمه بالمبيع - بالخطوات الآتية :

١ - أن يطلب الشفعة - بادی ذی بدء - فور علمه بالمبيع ، لأن حق (التملك بالشفعة) حق ضعيف ، لتبوتيه على خلاف القياس .. فيجب تقويته بالطلب الفوري - بقدر الوسع وحسب المعتاد - لقوله - صلى الله عليه وسلم : - (الشفعة لمن واثمها) ... ولهذا يسمى الطلب الفوري (طلب الموائمة)

• وفي رواية عن الإمام محمد بن الحسن - صاحب أبي حنيفة - : أن هذا الطلب لا يجب أن يكون فور العلم بالمبيع ، لأن صاحب حق الشفعة قد يحتاج إلى التروي في الأمر .. فيجب أن يمكن من ذلك .. بأن يكون له حق الخيار ، طوال تواجده بمجالس البيع ، ولا تبطل شفعته إلا إذا قام من المجلس ، أو تشاغل عن الطلب بأمر آخر .

• ويذكر الكرخي أن هذا أصبح الروايتين (٢) .

• ويرى ابن حزم خلاف ما سبق ، حيث يقول : - (إن الشفعة تثبت حقا للشفيع بإيجاب الله ، فلا تسقط بترك الطلب - ولو ثمانين سنة أو أكثر) -

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) انظر : مختصر الطحاوى ص ١٢٠ ، وشرح الورود وحاشيته :
يلغة السالك ص ٢٥٦ ، ونهاية المحتاج ج ٤ ص ١٥٧ .

أى لا يسقط حق الشفيع إلا بإسقاطه له - بنفسه - ولهذا يرى أن: (الشفعة لمن وائبيها) لفظ فاسد ، لا يحل أن يضاف إلى رسول الله ﷺ .

• وجاء في حاشية الباجورى^(٢) : (وهى - أى الشفعة - بمعنى طلبها على الفور ، فليبادر الشفيع - إذا علم بيع الشقص - بأخذه . . والمبادرة فى طلب الشفعة على العادة ، فلا يكلف الإسراع على خلاف عادته بعد . . أو غيره . . بل الضابط فى ذلك أن ماعد توافيا فى طلب الشفعة - أسقطها . . وإلا . . فلا ، فإن أخرها - أى الشفعة - مع القدرة عليها بطلت . ولو كان مريد الشفعة مريضاً أو غائباً عن بلد المشتري . . أو محبوساً . أو غائفاً من عدو . . فليوكل - إن قدر . . وإلا فليشهد على الطالب . . فإن ترك المقدور عليه : من التوكيل ، أو الإشهاد - بطل حقه ، فى الأظهر !! ولو قال الشفيع : لم أعلم أن حق الشفعة على الفور - وكان ممن يخفى عليه ذلك - صدق بيمينته) .

• وجاء فى المغنى على الشرح الكبير^(٣) : (مسألة : قال : - د ومن لم يطالب بالشفعة - فى وقت علمه بالبيع - فلا شفعة له . . الصحيح - فى المذهب - أن حق الشفعة على الفور - إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع - وإلا يطلب . . نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، فقال : الشفعة بالموائبة ساعة يعلم . . وهذا قول ابن شبرمة والبتى ، والأوزاعى ، وأبى حنيفة ، والحنبرى ، والشافعى - فى أحد قوليهِ . . وسكى عن أحمد رواية ثانية : أن الشفعة على التراضى . . لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا : من عفو ، أو مطالبة بقسمة . . ونحو ذلك . . وهذا قول مالك ، وقول الشافعى . . إلا أن مالكا قال : تنقطع بمضى سنة . . وعنه : بمضى مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الحياز لا ضرر فى تراخيهِ ، فلم يسقط

(١). انظر : المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٩٢ .

(٢). انظر : حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ج ٢ ص ٢٠ المطبعة البيهية .

(٣). انظر : المغنى ، والشرح الكبير ج ٥ ص ٣٢٤ ، نشر مكتبة الرياض .

بالتأخير — كحق القصاص... وبينان عدم الضرر : أن النفع للمشتري باستغلال المبيع — وإن أحدث فيه حمرة من غراس ، أو بناء ، فله قيمته ... وحكى عن ابن أبي ليل ، والثوري : — أن الخيار مقدر بثلاثة أيام — وهو قول الشافعي ، لأن الثلاث حد بها خيار الشرط ، فصلحت حداً لهذا الخيار .. والله أعلم .

• وجاء في الروض النضير — شرح بمجموع الفقه الكبير^(١) : — (وقال زيد بن علي : الشفيع على شفيعته — إذا علم ما بينه وبين ثلاثة أيام .. فإن ترك المطالبة ثلاثة أيام بطلت .. يعني أن الشفيع — بعد علمه بالمبيع — يكون بالخيار في الطلب ، وتركه — إلى ثلاثة أيام ، وبعدها تبطل شفيعته ، قال في المنهاج : — ووجهه : أن النبي صلى الله عليه وسلم — جعل لحبان بن منقذ الخيار ثلاثة أيام ، فيما باع واشترى ... وكذلك أقل السفر ثلاثة أيام .. وأقل الحيض ثلاثة أيام .. واستتابة المرتد ثلاثة أيام ، اه ، وحكاها في البحر) .

٢ — ألا يسكت الشفيع عن المطالبة بحقه في الشفعة .. فقد جاء في كشف الاسرار للبردوي مانعه^(٢) : — (وكذلك سكوت الشفيع يجعل رداً ، لهذا المعنى . أي : ومثل سكوت المولى .. سكوت الشفيع عن طلب الشفعة — بعد العلم بالمبيع — يجعل رداً للشفعة ، لهذا المعنى ، وهو : دفع الغرور عن المشتري فإنه يحتاج إلى التصرف في المشتري .. فإذا لم يجعل سكوت الشفيع عن طلب الشفعة إسقاطاً لها .. فاما أن يتمتع المشتري من التصرف — أو ينتقض الشفيع عليه — تصرفه ، فلدفع الضرر ، والغرور .. جعلنا ذلك كالتنصيص منه على

(١) انظر : الروض النضير — شرح مجموعة الفتاوى الكبير ج ٣ ص ٦٣٦ — مكتبة المؤيد .

(٢) انظر : كشف الاسرار للبردوي ج ٣ ص ١٥٢ .

إسقاط الشفعة — وإن كان السكوت — فى أصله — غير موضوع للبيان — بل هو ضده .. كما ذكر شمس الأئمة — رحمه الله — ، ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر الدخيل عن نفسه .. فإذا سكوت فقد رضى بالتزام الضرر على نفسه (١) .

ويقول ابن نجيم الحنفى — فى الأشباه والنظائر (١) — وهو يتكلم عن قاعدة (لا ينسب لساكنت قول) يقول : المسألة الخامسة عشرة : « سكوت الشفيع دين علم بالبيع — مسقط للشفعة ، » .

وقال محمود بن إسرائيل — الشهير بابن قاضى سماوة — فى كتابه : جامع الفصولين (٢) : — (الفصل الرابع والثلاثون : أحكام السكوت .. وعد صوراً ... إلى أن قال : « ومنها : علم الشفيع بالبيع وسكوت .. بطلت شفعته ، ») .

٣ — أن يشهد على المطالبة ، وهو فى مجلسه .. فقد جاء فى الجوهرة المنيرة على مختصر القدورى : — (قوله : إذا علم الشفيع بالبيع أشهد — فى مجلسه ذلك — على المطالبة .. وهذا يسمى : طلب الموائبة .. والإشهاد فيه غير لازم وإنما هو لتفى التجاحد ... ثم طلب الشفعة طلبان : — طلب موائبة ... وطلب استحقاق : فطلب الموائبة — عند سماعه بالبيع — يشهد على طلبها ، ولا يمكن حتى يذهب الى المشتري ، أو الى البائع — إن كانت الدار فى يده .. أو إلى الدار المبيعة ... إلى أن قال : — ولا تبطل — بعد ذلك — بترك الطلب — فى ظاهر الرواية — .. وعن محمد : إذا مضى شهر ، ولم يطلب مرة أخرى .. بطلت .. ويقال : طلب الشفعة طلبان : — طلب للموائبة ، وطلب للتقرير .. فطلب الموائبة : أن يطلب — على فور العلم بالشراء — حتى لو سكوت هنية ،

(١) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥٥ .

(٢) انظر كتاب جامع الفصولين ج ٢ ص ١٣٨ ، المطبعة الكبرى الأميرية

ولم يطلب .. بطلت ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة لمن وائبا » ..
وعن محمد : أنه يتوقف بمجلس علم الشفيع ، وهو اختيار السكرخي) .

• وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي^(١) : - (تجب الشفعة بخمسة شروط :

١ - الشرط الأول : أن تكون في العقار ، كاللور والارضين .. واختلف
- في المذهب - في الشفعة في الاشجار ، وفي الثمار - فروى مالك روايتين .. وبالمنع
قال الشافعي ، وأبو حنيفة ... واختلف أيضا - فيما لا يقسم من العقار كالحمام ،
وشبهه .. وفي الدين .. والكراء .. ولا شفعة في الحيوان ، والمروض عند
الجمهور .

٢ - الشرط الثاني : أن تكون في (الإشاعة) أى لم تنقسم ، فان قسمت
(العقارات) فلا شفعة .

٣ - الشرط الثالث : - أن يكون الشفيع شريكا .. فلا شفعة لجار - خلافا
لابن حنيفة .

٤ - الشرط الرابع : - ألا يظهر من الشفيع ما يدل على إسقاط الشفعة ..
من قول ، أو فعل ، أو سكوت مدة عام ، فأكثر - مع علمه ، وحضوره - فان
كان غائبا ، ولم يعلم - لم تسقط شفيعته اتفاقا .. وإن علم وهو غائب - لم
تسقط - خلافا لقوم .. وقال قوم : تسقط الشفعة بعد سكوته ثلاثة أيام ،
وتسقط الشفعة إذا أسقطها بعد الشراء .. ولا تسقط إن أسقطها قبل الشراء .
وكذلك تسقط إذا ساءم المشتري في الشقص ، أو اكترأ منه ، أو سكت حتى
أحدث فيه غرسا ، أو بناء) .

(١) انظر : الجوهرة المنيرة على مختصر القدوري ، للشيخ أبي الحسين
القدوري ص ١٧٥ §

(٢) انظر : القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣١٣ وما بعدها ... طبع
دار العلم للملايين .

وبعد عرض هذه النصوص المذهبية يمكن أن نرجح أن الشفعة تثبت حقا للشفيع على الفور - بعد عليه بالبيع . . فإن سكت دون عذر سقط حقة ، لما روى ابن السلباني عن أبيه عن عمر قال : — قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الشفعة كحل العقال » وفي لفظ أنه قال : — « الشفعة كمنشطة العقال ، إن قيدت ثبتت ، وإن تركت فاللوم على من تركها » . . . ولما روى عنه . . . صلى الله عليه وسلم — أنه قال : « الشفعة لمن واثبها » ، ولأن إثبات هذا الحق على التراخي يضر المشتري ، لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ، ويمنعه من التصرف بعمارة و خشية أخذه من قيمتها تعب قلبه ، وبدنه منها ... والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه ... والأصل المقيس عليه ممنوع ... ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب .

(تصرف الشفيع أثناء المجلس ، وأثر ذلك على حقه)

١ — قال أبو حنيفة — رضى الله عنه : — متى طالب الشفيع في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال — لأن المجلس كله في حكم حالة العقد ... بدليل أن القبض فيه — لما يشترط فيه القبض — يكون كالقبض حالة العقد :

٢ — ويرى الشافعي ، والظاهر من كلام الإمام أحمد ، والخرقي (١) : — أنه يتقدر بالمجلس ... بل متى بادر ، فطالب عقيب عليه — وإلا بطلت شفيعته .

وعلى هذا ... إذا أصر الشفيع المطالبة عن وقت العلم — لغير عذر — بطلت شفيعته ... وإن أصرها لعذر — كأن يعلم أيلا ، فيؤخره إلى الصبح ، أو أشدة جوع وعطش حتى يأكل ويشرب ... أو لطهارة ... أو لإغلاق باب ... أو ليخرج من الحمام ... إن أصر لهذا لم تبطل شفيعته ، لأن العادة جرت بتقديم هذا الجواب على غيرها ... فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة ... إلا أن

(١) انظر : نهاية المحتاج ج ٤ ص ٩ ، والمغنى لابن قدامة ج ٥ ص ٣٢٤ ؛

يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال ... فيمكنه أن يطالبه من غير تعطله عن أشغاله فإن شفيعته تبطل بتركه المطالبة ، لأن هذا لا يشغله عنها ... ولا تشغله المطالبة عنه — فأما مع غيبته ... فلا ، لأن العادة جرت بتقديم هذه الحوائج ، فلم يلزمه تأخيرها — كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه ، أو أن يحرك دابته — فلم يفعل ... ومضى — على حسب عادته — لم تسقط شفيعته ، لأنه طلب بحكم العادة .

وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته — إلى المشتري ، فإذا لقيه بدأه بالسلام ، ثم يطالب ، لأن ذلك هو السنة ... فقد جاء في حديث شريف : « من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجميؤه » ! !

وإن قال بعد السلام : — بارك الله في صفقتك ... أو دعا له بالمغفرة ، ونحو ذلك ... لم تبطل شفيعته ، لأن ذلك يتصل بالسلام ، فيكون من جملة ... والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه ، لأن الشخص يرجع إليه ... فلا يكون ذلك رضا ...

وإن اشتغل بكلام آخر ، أو سكت — لغير حاجة — بطلت شفيعته ، كما قلنا من قبل (١) .

ويجب أن نتذكر : أن الشفيع عليه — فور علمه بالمبيع — يطلب حقه . . وهذا ما يسمى (بطلب الموائبة) ... إلا أنه — مع ذلك — يجب عليه أن يؤكد طلبه هذا بطائب آخر يسمى (طلب التقرير) ، لأن طلب الموائبة قد يكون نصيراً عن نزوة . . أو رغبة عارضة من الشفيع . . ثم يتبين له — بعد — أنه ليس من صالحه المضى في الأخذ بالشفعة — أو أنه ليس مقدوره ذلك — لسبب أو لآخر — ولهذا وجب عليه تأكيد طلبه ، وتقريره .

(١) انظر المراجع السابقة .

— ٢٥٢ —

وبعد (طلب التقرير) - هذا - يبقى حق الشفعة للشفيع ابداً - حتى وإن تأخر - كما شاء - في رفع الأمر للقضاء - عند أبي حنيفة ويبقى هذا الحق حتى يسقطه بنفسه .

وهذا رأى فيه ضرر واضح - بالمشتري ، إذ يبقى أمر ملكيته معلقاً ، غير مستقر على حال . . فلا يستطيع أن يتصرف فيما اشترى كما يريد : من زراعة ، أو غرس ، أو بناء (١) .

ولهذا قال محمد وزفر - وهما من الحنفية - . إن حقه في الشفعة يسقط ، إذا أخرج رفع الأمر للقضاء شهراً بغير عذر بعد طلب التقرير .

وقال أبو يوسف : إنه يسقط إذا أخرج ذلك عن أول مجلس للقضاء ... وفي رواية أخرى عنه : أن تقدير الوقت - الذي تسقط بعده الشفعة - إذا ترك طلب الخصومة بعد القيام بطلب التقرير - يترك الفصل فيه للقاضي .

ونحن نوافق ما قاله الإمام محمد ، وزفر ، وأبو يوسف ، لأنه يدفع الضرر عن المشتري ، ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع (٢) .

وقد أخذ بهذا القانون المدني المصري: فقرر - في المادة ٩٤٣ - أنه يجب على الشفيع إعلان دعوى الشفعة على البائع والمشتري ، في ميعاد ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان الرغبة ، المبين في المادة ٩٤ - وهو : - (على من يرى الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري . . . وإلا سقط حقه ويؤاد على تلك المدة ميعاد المسافة . . إذا اقتضى الأمر ذلك) ، . . وإلا سقط الحق فيها ... وأنه يجب الحكم في الدعوى على وجه السرعة ، وفي ذلك مصلحة الشفيع ، والمشتري معاً وضمان بدفع الضرر عن المشتري بخاصة ! !

(١) انظر : الأموال . للدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٣٠ بتصرف

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي ج ١٤ ص ١١٦ .

المبحث العاشر السكوت ... والوديعة

الوديعة في اللغة :

جاء في لسان العرب^(١) : (استودعه مالا .. وأودعه إياه ... ليكون عنده وديعة .. وأودعه : أى قبل هذه الوديعة .. والوديعة واحدة الودائع ، وهي ما استودع .. قال تعالى : « فستقر ومستودع ، المستودع ما فى الأرحام ... استعاره على - رضى الله عنه - للحكمة والحجة ، فقال : بهم يحفظ الله حججه ، حتى يودعها نظراهم ، ويزرعها فى قلوب أشباههم ، وقال ابن مسعود فى قوله تعالى - : ويعلم مستقرها ومستودعها ، أى مستقرها فى الأرحام ، ومستودعها الأرض ... المستودع المكان الذى يجعل فيه الوديعة .. يقال استودعه وديعة : أى استخفظه إياها) .

وجاء فى القاموس المحيط^(٢) : - (الوديعة واحدة الودائع ، والوديع : المهد ، والجمع ودائع ، وودع الثوب بالشرب - كوضع - : صانه ، وأودعته مالا : دفعته إليه ليكون عنده وديعة ... وأودعته أيضا - قبلت ما أودعنيه ... واستودعته وديعة : استخفظته إياها . ونوادعا : تصالحا)

أما تعريف الوديعة - عند الفقهاء : -

فلقد عرفت بتعريفات كثيرة .. اخترت منها تعريف فقهاء الجنفية لها بأنها : -

(١) انظر : لسان العرب ج ٨ ص ٣٨٦ - ٣٨٩ .

(٢) انظر القاموس المحيط ج ٣ ص ١٩٥ .

٢٥٤ -

و تسليط شخص غيره على حفظ ماله - صريحا ، أو دلالة ، .

وبعبارة أخرى هي : - المال المودع عند أمين الحفظه ، (١) .

وجاء في مجمع الضمانات (٢) : - (الوديعة تقع تارة بالإيجاب والقبول - صريحا - كقوله : أودعتك . . وقبل الآخر ... وتم بالإيجاب وحده - في حق الامانة - لاي حق وجوب الحفظ عليه - حتى لو قال للغاصب : أودعتك المنصوب - برىء من الضمان ، - وإن لم يقبل - حتى ولو هلك - لم يضمن ... وتارة تقع بالسكتة . . وتارة تقع بالدلالة : فلو جاء رجل بشوب إلى رجل ، ووضعه بين بديعة ، وقال له : هذا وديعة عندك ، وسكت الآخر - صار مودعا . . فلو ذهب صاحب الشوب ، ثم ذهب الآخر بعده - وترك الشوب وضاع الشوب - كان ضامنا ، لأن هذا قبول منه للوديعة عرفا ... وكذا لو وضع صاحب الشوب ثوبه - بين يديه ، ولم يقل له شيئا - والوضع كما هو - كان ضامنا أيضا ، لأن هذا إيداع عرفا (٣) .

وقد اخترت هذا النص وذلك التعريف لانهما يزكيان الهدف من هذا البحث .

الوديعة في مفهوم المفسرين -

المفسرون تناولوا الوديعة بالذكر ، والشرح ، والتفصيل . . حين فسروا

(١) : تبين الحقائق للزيعلى ج ٥ ص ٧٦ - رد المختار لابن عابدين

ج ٤ ص ٥٤٢ .

(٢) انظر : مجمع الضمانات للبغدادى ص ٦٨ .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٥٠ .

— ٥٥ —

قوله تعالى : - « إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعماً يعظكم به ، إن الله كان سميعاً بصيراً (١) » .

فقد قال أبو بكر الجصاص — عند تفسيره لهذا (٢) : —

(اختلف في المأمورين بأداء الأمانة — في هذه الآية — إذ ذهب بعض المفسرين إلى أنهم ولاية الأمر ... كما ذهب بعضهم إلى أنها خاصة بعثمان بن طلحة ، أمر بأن رد إليه مفاتيح الكعبة ، كما ذهب بعضهم — ومنهم ابن عباس — إلى أنها في كل مؤتمن على شيء ... وهذا أولى ، لأن قوله تعالى : - (إن الله يأمركم) خطاب يقتضى سائر المكلفين .

قال أبو بكر : ما أؤتمن عليه الإنسان فهو أمانة . فعلى المؤتمن عليها ردها إلى صاحبها : فمن الامانات : الودائع . . وعلى مودعها ردها إلى من أودعها إياها ، ولا خلاف بين الفقهاء أنه لا ضمان على المودع — فيها . . إن هلك .

ويذكر الجصاص : أن هذا ما لم يتعد فيها المودع . . ويذكر أنه ووى عن عمر أنه ضمن أنسا وديعة ضاعت من عنده ، ويسوع هذا بقوله : فجائز أن يكون المودع لديه اعترف بفعل يوجب الضمان عنده ، فلذلك ضمنه .

وأما القرطبي المالكي فيقول — عن هذه الآية — : (فهذه الآية من أمهات الأحكام ، متضمنة لجميع الدين ، والشرع (٣)) .

الوديعة في الحديث الشريف : —

من الأحاديث التي رويت في هذا الباب ما يلي : —

(١) سورة النساء آية ٥٨ .

(٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٠٧ .

(٣) المرجع السابق .

- ٢٥٩ -

ما رواه عمرو بن شبيب - عن أبيه - عن جده . . ان النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : - (لاضمان على مؤمن) رواه الدارقطني . . . وفي تحقيق هذا الحديث قال عنه الحافظ : - في إسناده ضعف . . وأخرجه الدارقطني - عن طريق أخرى - عنه ، بلفظ : - ليس على المستعير - غير المغل ضمان ، ولا على المستودع - غير المغل - ضمان ، - وقال : - إنما نروى هذا عن شريح ، غير مرفوع . . قال الحافظ : - وفي إسناده ضعف .

وهذا الحديث يدل على ضمان من كان أميناً على عين من الأعيان : كالوديعة والمستعير .

أما الوديعة . . فلا يضمن - إجماعاً - إلا لجناية منه . . عليه . . والوجه في تضمينه للجناية - أنه صار بها خائناً ، والخائن ضامن ، لحديث : (ولا على المستودع - غير المغل - ضمان) ، والمغل هو الخائن . . . وكذلك التعمد . . يجعله يضمن الوديعة ، لأنه نوع من الخيانة .

وأما إذا هلك من غير عمد ، ولا تفريط في حفظها . . فلا ضمان عليه . . واستدل على ذلك بما تقدم من قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : (ليس على المستعير - غير المغل - ضمان ، ولا على المستودع - غير المغل - ضمان) . . وبقوله - صلى الله عليه وسلم - (لاضمان على مؤمن) .

واستدل أيضاً بما أخرجه ابن ماجه عن ابن عمر - بلفظ : - (من أودع وديعه فلا ضمان عليه) - وفي إسناده هذا الحديث . . المثنى بن الصباح ، وهو متروك . . وقد حسنه الترمذي (١) .

الوديعة عند الفقهاء :

لقد نحدث الفقهاء عن الوديعة وفي كل ما يتصل بها - انطلاقاً من أنها مشروعة بالكتاب . . والسنة . . والإجماع ، ومن أدلتهم : -

(١) انظر : نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٣١ .

أولاً : - من الكتاب - قوله تعالى : - إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها .. الآية (١) .

وقوله تعالى : - فإن آمن بعضكم ببعض فليؤد الذي أرتمن أمانته ، وليتق الله ربه (٢) .

ثانياً : - من السنة - قوله - صلى الله عليه وسلم - : (أو الأمانة إلى من أئتمنتك ، ولا تخن من خانك) ... وكذلك : تصرف النبي حين أراد الهجرة - برده الأمانات إلى أهلها .. وغير ذلك من الأحاديث ، والسنة العملية - الدالة على ذلك ، وهي كثيرة (٣) .

ثالثاً : - لإجماع العلماء - في كل عصر - على جواز الإيداع ، والاستيداع . - والظروف تقتضيها ، فإن بالناس إليها حاجة ، لذا يتعذر على جميعهم - حفظ أموالهم بأنفسهم (٤) .

هذه هي التحديدات الدقيقة لبعض معالم هذا العقد من عقود المعاملات ، والفقهاء - في هذا العقد - تفصيلات تكلموا فيها بإسهاب ، أوله منهم - الإحاطة بجوانب هذا العقد ... ولستكنى - هنا - أقتصر على تحليل بعض الصور ، التي لها صلة بموضوع بحثي - فقط - . وهي (القبول) في هذا العقد . - (وجوب) امتناع الوديع عن الإخبار بأمر الوديعة ، لظروف قد تتعلق بالحفاظ عليها .

فالوديعة - تمقد من العقود - لا يتم إلا (بإيجاب وقبول) .. إلا أنه - بجانب ذلك - لا بد - لصحتها - من تسليم وتسليم الشيء المردع ، حتى تنأكد التزامات الوديع - من الحفظ .. وغيره ، حيث يقول الفقهاء (٥) :

(١) انظر : سورة النساء آية ٥٨ .

(٢) انظر : سورة البقرة آية ٢٨٣ .

(٣) انظر فيل الاوطار للشوكانى الحلبي ج ٥ ص ٣٣٣ .

(٤) انظر : المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٣٨٢ ، وابن عابدين ج ٤ ص ٥٥٠ .

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٤٣ ، وتبيين الحقائق ج ٥

ص ٧٦ ، ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١١٥ .

- ٢٥٨ -

يشترط - في الشيء المودع - أن يكون قابلاً لإثبات اليد عليه فعلاً . .
فلا يصح إيداع العبد الآبق . . ولا الطير في الهواء .

أما قبل الاستلام فإن العقد - وإن كان قد وجد بوجود أركانه - إلا أن كل ما ينشأ عنه هو مجرد وعد من الوديع باستلام الشيء المودع . . فإذا ماتم القبض فعلاً - فإن آثار العقد توجد حينئذ . . فيجب على الوديع أن يحفظه الوديعة ، كما يحفظه مال نفسه .

ولا يشترط في (القبض) أن يكون حقيقياً . . بل يكفي أن يكون حكماً . .
أما القبض الحقيقي فهو : - أن يقوم المودع بتسليم شيء من ماله للوديع ، ويطلب منه حفظه ، فيقبل ذلك ، ويتسلمه منه .

وأما القبض الحكمي فهو : ما إذا كان الشيء الذي يراد إيداعه موجوداً تحت يد الوديع ، لسبب من الأسباب - كالإجارة - وبعد انتهاء مدة عقد الإجارة -
قال المالك للمستأجر : - أودعتك هذا الشيء ، فقبل . . فإن الإيداع يتم بذلك ، - دون حاجة إلى تحديد (قبض) - بل يكفي بصور الإذن من المالك بالاستمرار في إمساك الشيء - على جهة الإيداع - .

ومثله - كذلك - ما لو وضع شخص شيئاً من ماله بين يدي آخر من غير أن يقول له شيئاً ، فسكت هذا الآخر ، ولم يمتنع . . فإن الإيداع يتم بهذا التصرف من الطرفين ، ويكون ذلك كافياً لترتب آثاره عليه .

ومن الممكن أن يصور القبض الحكمي : بحالة ما إذا قال شخص لآخر : -
أرديت سيارتي ، أو مبلغاً من النقود . . فقال له : قبلت . . فإن العقد - بهذا الشكل - قد وجد ، لوجود أركانه ، ثم بعد ذلك أتى المودع بالشيء الذي يريد إيداعه فوضعه بين يدي الوديع ، أو أدخله في داره - فسكت الوديع - فإن القبض يتم بذلك - حتى ولو لم يتسلمه منه بيده^(١) .

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤١٩ -

وكشاف القناع ج ٤ ص ١٤١ .

انظر مسئولية الوديع للدكتور / احمد عطيه ص ابن عابدين ج ٤ ص ٧٤٣

المبحث الحادى عشر

السكوت...والقرعة

القرعة هى : طريقة تتخذ لتعيين ذات ، أو نصيب -- من بين أمثاله - إذا لم يمكن تعيينه بحجة (١) .

وهل القرعة يمكن أن تكون طريقا لإثبات الحكم الشرعى ؟ وكيف ذلك ؟ وما أثر السكوت على ذلك ؟

والأصل فى الحكم بالقرعة .. الكتاب .. والسنة .

(١) أما الكتاب فقولہ تعالى : ذلک من أنباء الغیب نوحيہ إلیک ، وما کنت لہم إذ یلقون أقلامہم أیہم یکفل مریم ؟ وما کنت لہم إذ یتخضمون ١١ .. (٢) قال قتادة : (کانت مریم ابنة إمامہم ، وسیدہم ، فتشاح علیہا بنو إسرائيل ، فافترعوا علیہا بسہامہم : أیہم یکفلہا ؟ فقرع زکریا - وكان زوج أختہا - فضمہا إلیہ) - ونحوہ عن مجاہد : وقال ابن عباس : (لما وضعت مریم فی المسجد اقترح علیہا أهل المصلی - وهم یکتبون الوحى - فافترعوا بأقلامہم : أیہم یکفلہا ؟) وهذا متفق علیہ بین أهل التمسیر .

وقال تعالى : - وإن یوفى من المرسلین ، إذ أبق إلى عالمک المذبحون . فسام فکان من المدسضین ، (٣) :

(١) انظر : تفسیر الفرطبی ج ٤ ص ٨٧ .

(٢) سورة آل عمران آية ٤٤ .

(٣) سورة اصافات آیات ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ .

- ٢٦٠ -

فهمذان نبيان كريمان استعمالا القرعة . . . ومعروف أن شرع من قبلنا
- إن صح ذلك عنهم - شرع لنا ، ما لم يرد ناسخ .

٣ - وأما السنة . . فما ورد في الصحيحين عن أبي هريرة - رضى الله عنه -
قال : - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - « لو يعلم الناس ما في النداء ،
والصف الأول . ثم لم يجدوا إلا أن يستهموا عليه . . لاستهموا » ١١

وفي الصحيحين - أيضا - عن عائشة - رضى الله عنها - أن النبي صلى
الله عليه وسلم . كان إذا أراد سفرا أقرع بين أزواجه ، فأتيهن خرج سهمها . .
خرج بها معه (١) ، .

وفي صحيح البخارى - أيضا - : روى أبو هريرة - رضى الله عنه -
عن النبي صلى الله عليه وسلم - : « أن رسول الله عرض على قوم اليمين ،
فسارعوا إليه ، فأمر أن يسهم بينهم في اليمين : أيهم يحلف؟ » . .

هذا . ويقول ابن القيم (٢) : (القرعة جاء بها الكتاب ، كما جاءت بها السنة ،
وفعلها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم - بعده) .

إجراء القرعة :

وكيفيتها - هذا . من قال بها - (٣) : أن تقطع رقاع صغار مستوية ، فيكتب
في كل رقعة اسم صاحب السهم ، ثم تجعل في (بنادق طين) مستوية ، لا تفاوت
فيها ، ثم تجفف قليلا ، ثم تلقى في ثوب رجل - لم يحضر ذلك - وينطى
عليها ثوبه ، ثم يدخل يده ويخرج ، فإذا أخرج اسم رجل أعطى الجزء الذى
أقرع عليه .

(١)

(٢) انظر : الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٨٧ .

(٣) القرطبي ج ٤ ص ٨٧ ، الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٩١ والمهذب

ج ٢ ص ٥

قال الخلال : — حدثنا أبو الضر : أنه سمع أبا عبد الله يجب من القرعة ما قبل عن سعيد بن المسيب : (أن يأخذ خواتيمهم ، فيضعها في كفه . . من خرج أولاً ، فهو القارع .

وقال الأشرم : قلت لأبي عبد الله : كيف القرعة ؟ فقال سعيد ابن جبير يقول : بالخواتيم ، أقرع بين اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا ، وخاتم هذا . . قال : ثم يخرجون الخواتيم ، ثم تدفع إلى رجل ، فيخرج منها واحدا قلت لأبي عبد الله ، فإن مالسكا^(١) يقول : تسكتب رقاع ، وتجعل في طين ؟ . قال : وهذا أيضاً . .)

ومعنى هذه النصوص أن القرعة يمكن أن تكون بأي طريقة يتفق عليها الطرفان ، مادامت توصل إلى الحق^(٢) .

حكما : — وهي سنة عند جمهور الفقهاء . . في المستوين في الحجة ، ليعدل بينهم ، رططن نلوبهم ، وترافع الظنة عدن يتولى قسمتهم ؛ ولا يفضل أحد منهم على صاحبه ، إذا كان المقسوم من جنس واحد . . عملا بالكتاب والسنة .

(١) ورفض العمل بالقرعة أبو حنيفة وأصحابه . . وردوا الأحاديث الواردة فيها ... وزعموا أنها لا معنى لها ، وأنها تشبه الأزام التي نهى الله عنها .

(٢) وحكى ابن المنذر عن أبي حنيفة — أنه جوزها ، وقال : القرعة في القياس . . لانستقيم ، ولسكنا تركنا القياس — في ذلك — وأخذنا بالآثار والسنة . .

(١) انظر : القرطبي ج ٤ ص ٨٧ .

(٢) انظر : الطرق الحكيمة ص ٢٩٢ .

واحتج أبو حنيفة بأن قال : إن القرعة في شأن زكريا ، وأزواج النبي - صلى الله عليه وسلم - كانت مآلو تراضوا عليه - دون قرعة - لجاز ، .

وتناقش أبا حنيفة براد بن العري عليه قال . (وهذا - أى اتجاه أبي حنيفة - ضعيف ، لأن القرعة إنما فائدتها استخراج الحكم النقي عند تشاح الخصمين ، فأما ما يخرج به التراضى فيه ، فباب آخر ، ولا يصح لأحد أن يقول : إن القرعة تجري موضع التراضى ، فإنها لا تكون أبدا - مع التراضى ، وإنما تكون فيما يتشاح الناس فيه ، ويضن به ١١)

(٣) وقد اختلفت الرواية عن الإمام مالك . فقال مره : يقرع ، الحديث .. وقال مرة : يسافر بأوفقه له في السفر .
ولكن الراجح هو جواز العمل بها ، وما يترتب عليها ملزم ، ويجب العمل به ، الأدلة السابقة (١) .

وقد جاء في الطرق الحسكية لابن القيم (٢) : - (قال أحمد - في رواية الفضل ابن عبد الصمد : - القرعة في كتاب الله .. والذين يقولون : القرعة قار .. جهال ، ثم ذكر أنها في السنة ... ولذلك قال في رواية إبنه صالح : أقرع النبي صلى الله عليه وسلم في خمسة مواضع .. وهي في القرآن في موضعين ..

وجاء - أيضاً - في الطرق الحسكية : - (قال أحمد - في رواية اسحق بن إبراهيم وجهن بن محمد : القرعة جائزة - قال المروزي : وهم يقولون إذا اقتسموا الدار ، والأرضين - أفرع بن القوم ، فأبهم أصابته القرعة كان له ما أصاب من ذلك ، ويجبر عليه) (٣) .

(١) انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٩٦ ، والمهذب ج ٥ ص ٥ ،
والقرطبي ج ٤ ص ٨٦ . ٩٩
(٢) القرطبي ج ٤ ص ٨٦ .
تبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٩٦ المهذب ج ٢ ص ٥ .
(٣) انظر : الطرق الحسكية لابن القيم ص ٢٨٧ .
(٤) انظر : الطرق الحسكية ص ٢٨٧ .

والتفريعات التي تبنى على ذلك كثيرة .. ونعرض منها عدة صور : —

(الصورة الأولى) .. لو كان لرجل أربع نسوة ، فطلق إحداهن — وسكت ولم يبين — ولم تسكن له نية في واحدة بعينها ... فما الحكم ؟

(أ) قال الإمام أحمد (١) : — يقرع بينهم ، فأيتن أصابتها القرعة . . فهي المطلقة . . وكذلك إن قصد إلى واحدة بعينها ، ثم نسيها .

(ب) وقال أبو حنيفة والشافعي : — لا يقرع بينهم .. ولكن إذا كان الطلاق لواحدة لا بعينها ، ولا نواها . . فإنه يختار صرف الطلاق إلى أيتن شاء .

وإن كان الطلاق لواحدة بعينها ، ونسيها . . فإنه يتوقف حتى يتذكر ... ولا يقرع .. ولا يختار صرف الطلاق إلى واحدة منهم .

(ج) وقال مالك : يقع الطلاق على الجميع .

فالمسألة فيها ثلاثة أقوال ...

(١) أحدها : أنه يعين المبهمة ... ويقف في حق المنسية - عن الجميع ، فينفق عليهن ، ويكسوهن .. ويعتزلهن إلى أن يفرق الموت بينه ، وبينهن ... أو يتذكرها .

وهذا في غاية الحرج ، والإضرار به وبالزوجات ، وينفيه قوله تعالى : — (وما جعل عليكم في الدين من حرج) (٢) وقوله صلى الله عليه وسلم — لا ضرر ولا ضرار ، (٣) وأي حرج ، وإضرار ، وضرر أكثر من ذلك ؟

(١) انظر : الطرق الحكيمة ص ٢٩٥ .

(٢) سورة الحج آية : ٧٨ .

(٢) الثاني : — أن يطلق عليه الجميع ... مع الجزم بأنه إنما طلق واحدة لا الجميع !! . فايقاع الطلاق بالجميع ، مع انقطع بأنه لم يطلق الجميع — تروء اصول الشرع ، وأدلتة !!

(٣) الثالث : — أنه لا يقع الطلاق بواحدة منهم ، لأن النكاح ثابت بيقين . . وكل واحدة منهم مشكوك فيها : هل هي الماطقة ؟ أم لا .

فلا تطلق بالشك ... ولا يمكن إيقاع الطلاق بواحدة غير معينة ... وليس البعض — منهم — بأولى أن يوقع عليها الطلاق دون البعض ... والقرعة قد تخرج غير المطلقة ... فانها كما لا يجوز أن تقع على المطلقة — يجوز أن تقع على غيرها . فاذا أخطأت القرعة — المطلقة ، وأصابت غيرها أفضى ذلك إلى (تحريم) من هي زوجة ، و(حل) من هي أجنبية . .

وإذا بطلت هذه الأقسام كلها تعين هذا التقدير ، وهو بقاء النكاح في حق كل واحدة منهم ، حتى يتبين أنها المطلقة .

وإذا كان النكاح باقيا فيها فأحكامه مترتبة عليه . . . وأما أن يبقى النكاح ، ويحرم الوطء دائما فلا وجه له .

فهذا القول . . والقول بوقوع الطلاق على الجميع متقابلان ... وأدلتها تكاد أن تنكأ ... ولا احتياط في إيقاع الطلاق بالجمع ، فانه يتضمن تحريم الفرج على الزوج ، وإباحته — بالشك — لغيره !!

ومرى أن الصواب في القرعة . . لأن الله قد جعلها طريقا لإثبات الحكم الشرعى في كتابه . . وفعلها رسول الله ، وأمر بها ، وحكم بها الصحابة . . وكل قول غير القول بها ... فان أصول الشرع ، وقواعده تروء . .

(الصورة الثانية) : من فروع تطبيق العمل . . بالقرعة . . ما إذا طلق إحدى نساؤه وسكت ، ولم يبين ، ومات قبل هذا البيان ... فما الحكم ؟

(١) قال أبو حنيفة : يقسم الميراث بين الجميع .

(ب) وقال الشافعي : يوقف ميراث الزوجات ، حتى يصطلحن عليه .

(ج) وفي رواية للإمام أحمد^(١) : - الورثة يقرعون بينهم ، فن وقعت عليها القرعة لم ترث ...

ويلاحظ على تلك الآراء مايلي : -

(١) أنه يترتب على قول أبي حنيفة - توريث إحداهن مع كونها أجنبية ، لأنها مطلقة - في حال الصحة ثلاثا - فكيف ترث ا

(ب) ويترتب على قول الشافعي ... وقف المال ، وتعرضه للفساد والحلاك ، وعدم الانتفاع به !! وإن كان حيوانا فربما كانت مشورته تزيد على أضمافا على قيمته ... وهذا لامصلحة فيه ألبة ... وأيضاً - إذا علق أن المال يملك إن لم يصطلحن عليه - كان ذلك إلقاء لمن إلى إعطاء المال لغير المستحقة منهم ... فالقرعة تخلص من كل ذلك .

ومن المعلوم أن المستحقة للميراث منهم هي إحداهن دون الأخرى فوجب أن يقرع بينهما ، كما يقرع بين الزوجات إذا أراد السفر بإحداهن .

(الصورة الثالثة) - من الفروع الواردة في هذا الباب : - لو طلق إحداهما لا يمينها ، ثم ماتت إحداهما - إن كانتا اثنتين - ثم ماتت إحداهما .. لم يمين الطلاق في الباقية ، وأقرع بين الحية والميتة .. وهذا عند الحنابلة .

أما أبو حنيفة فيقول : - يمين الطلاق في الثمائية ..

وقال الشافعي : لا يمين فيها ... وله تعيينه في الميتة

ومن المطارحات الفقهية هذا الحوار بين الحنفية ، والحنابلة - في هذا

(١) انظر الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٣٠٦ ، والمهذب ج ٢ ص ١٠٠ .

المقام (١) -

قال الحنفية : - هو خير في التعمين . . ولم يبق من يصح إيقاع الطلاق عليها إلا الحية . . ومن خير بين أمرين ، ففاته أحدهما . . تعين الآخر .

قال الحنابلة : قد أقننا الدليل على أنه لا يملك التعمين باختياره . . وإنما يملك الإقراع - ولم يقف عمله - فانه يخرج المطلقة . . فيتبين وقوع الطلاق من حين التطبيق . . لا من حين الإقراع .

قالت الحنفية : - لا يصح أن يبدأ في الميتة - بالطلاق ... فلا يصح أن يعينه فيها بالقرعة كالاجنبية .

قالت الحنابلة : نحن لأنعين الطلاق فيها ابتداء . . وإنما تبين بالقرعة - أنها كانت مطلقة في حال الحياة .

قالت الحنفية : - ماتت غير مطلقة ... بدليل أنه يجوز أن تخرج القرعة - عندهم - على الحية . . فتسكون هي المطلقة دون الميتة ... وإذا لم تكن مطلقة قبل الموت - لم تثبت حكم الطلاق فيها بعد الموت ... كما لا تثبت الطلاق المبتدأ .

قالت الحنابلة : - إذا رقت عليها القرعة تبيننا أنها هي المطلقة في حال الحياة .

ونخلص من هذا الحوار بأن مقال الحنابلة هو الأصوب - وهو العمل بالقرعة - حتى تبين المطلقة من غيرها ... والله أعلم بالصواب .

نتائج البحث

أما بعد ...

ففي نهاية التطواف خلال هذا البحث ... ومصادره ... نسجل النتائج التي توصلنا إليها ، لتكون علامات عنوية هادية للذين يتصدرون للفتوى... وتقنين الشريعة الغراء ... ويمكن إجمال أهم هذه النتائج فيما يلي :

١ - أن الأمر بالمعروف ؛ والنهي عن المنكر مسؤولية كل مسلم ، فيحرم السكوت من القادر على التغيير ... كما يحرم كتمان الشهادة !!

٢ - أن السكوت قد يكون واجباً ... إذا ترتب على الكلام إهدار حق ... كما في كتمان خبر الوديعه عن الظالم ، أو الغاصب ، أو السارق !!

٣ - دفع الحرج - باب المعاملات - من طريق قبول إشارة الآخر كدليل على (القبول ... والإيجاب) ... وإلا لحقته المشقة ... ومنع عن مباشرة العقود !!

٤ - أن سكوت المشرع عن بعض التصرفات يدخل المسكوت عنه في دائرة (العفو) ،

٥ - أن المعروف ، عرفاً - كالمشروط شرطاً ... كما إذا أطلق المهر في العقد ... فإنه ينصرف إلى عرف البلد .

٦ - الأصل في الشريعة الإسلامية - أنه (لا ينسب لساكت قول) ، أي عدم الاعتماد بالسكوت لأنه قد يحتمل معنى الشroud ، وعدم الانتباه ... أو عدم الاكتراث ... أو الاستهزاء ... أو الاستغراب ... أو الموافقة ... أو الإنكار ... أو الرفض . إلى غير ذلك من المواقف ، والحالات النفسية .

وهذه الاحتمالات لا تجعل منتجا للآثار الشرعية . . وكل هذا ما يسميه الفقهاء (بالسكوت المجرد عن القرائن) .

أما إذا صاحب السكوت بعض القرائن — بأن كان في معرض الحاجة — وهو ما يطلق عليه (السكوت الملايس) — فإنه يعتد به في تلك الحالة . . وترتب عليه الآثار الشرعية . . ويظهر هذا في الحالات الآتية :

(١) الحالات التي يتمحض فيها السكوت لمنفعة من نسب إليه ، كما في سكوت المدين عند إبراء الدائن له . . فهو قبول للإبراء — حتى لو أراد المدين — بعد انتهاء مجلس الإبراء — أن يرفضه . . لم يكن له ذلك . .

وكما في سكوت المتصدق عليه . . وسكوت الموصى له .

(ب) الحالات التي يتوافر فيها تعامل سابي — بين المتعاقدين ويصل الإيجاب بهذا التعامل . . كأن يكون يكون هذا التعامل السابق عقداً نتج عنه أثر — كحالة البيع الذي يملك فيه البائع حق الحبس للشيء المبيع . . فإذا ما قبض المشتري المبيع — بعد ذلك — وسكت البائع . . اعتبر سكوته إذناً بالقبض . .

أو يكون هذا التعامل السابق — عقداً لم يترتب عليه أى أثر . كالرهن . والهبة ، اللفظيين اللذين لم يفترا . . فإذا ما قبض المرتهن المرهون — بعد العقد . . واقرن هذا القبض بسكوت الراهن — اعتبر هذا السكوت إذناً بالقبض . . وكذا الحال في الهبة . . فإذا قبض الموهوب له الموهوب بعد العقد — وصاحب هذا القبض سكوت الواهب — اعتبر سكوته إذناً بالقبض .

(ج) الحالات التي يستلزم فيها مبدأ العدالة . . اعتبار السكوت رضا . . كسكوت المولى حين يرى عيده يبيع ويشترى ، فإنه يعتبر إذناً له في التجارة ؛ دفعا للغرور ومن يعامل العبد .

(د) الحالات التي يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت رضا . . كاعتبار سكوت البكر ، قبولا للخاطب . . وهذا الاعتبار نسبي . . ويتغير بتغير العرف ، وحسب كل بيئة .

- ٢٦٩ -

٦ - أن د العرف ، يعتبر قاعدة مكملّة ، ومميّنة لما سكّت عنه المتعاقدان ، لأن سكوتها يفسر على أساس أنهما احتكما إلى العرف القائم ، وفوضا إليه مهمة التبيين ، والتفصيل ، والحكم .

٧ - أن الفقهاء يعدون السكوت الملاصق (تعبيرا) بطريق الدلالة .

٨ - أن السكوت يعتبر د قبولا ، إذا قرنت به ملازمات تجعل دلالة تنصرف إلى الرضا . أما د الإيجاب ، فليس كذلك ، إذا كان لا يمكن أن يستنتج عن طريق السكوت .

مصادر البحث

وهذه هي أهم المراجع التي رجعت إليها في هذا البحث .
أولاً :

- ١ - القرآن الكريم .
- ٢ - كتب التفسير .
- ٣ - أحكام القرآن للجصاص ، وهو العلامة الفقيه أبو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص ، طبع ١٣٤٧ هـ
- ٤ - الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ، وهو الإمام شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد أنخزرجي الأندلسي المعروف بالقرطبي مطبعة الهيئة العامة .
- ٥ - تفسير القرآن الحكيم ويعرف بتفسير المنار لرشيد رضا طبع الهيئة العامة للكتاب .
- ٦ - تفسير ابن كثير القرشي وهو العلامة المؤرخ حماد الدين أبو القداء إسماعيل بن عمر بن كثير الشافعي طبع مطبعة الاستقامة .
- ٧ - نيل المرام من تفسير آيات الأحكام لمحمد صديق خان طبع المطبعة الرحمانية .
- ٨ - أحكام القرآن لابن عربي ، وهو أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن عربي طبع الحلبي الطبعة الأولى .
- ٩ - جامع البيان في تفسير القرآن للإمام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري الطبعة الأولى المطبعة الكبرى الأميرية .

ثانياً : الحديث .

- ١ - التجريد الصحيح لأحاديث الجامع الصحيح للحسين بن المبارك الزبيدي وهو مختصر للزبيدي ، وهو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد المعروف بابن زبيدي ، طبع صبيح وأولاده .

- ٢٧١ -

- ٢ - الجامع الصحيح للإمام البخارى ، وهو الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد ابن أبى الحسن إسماعيل البخارى طبع مطابع الشعب .
- ٣ - الموطأ للإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبى عامر الأصمى المدنى لإمام دار الهجرة ، طبع الحلبي وأولاده .
- ٤ - الفتوح الكبير فى ضم الزيادة إلى الجامع الصغير ، وهما للجلال السيوطى وهو جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى الشافعى ، وقد منجهما فاحسن ترتيبهما الشيخ يوسف الشهاوى ، طبع دار المكتب .
- ٥ - بلوغ المرام من أدلة الأحكام وهو مختصر لابن حجر العسقلانى طبع الحلبي .
- ٦ - السراج المنير شرح الجامع الصغير فى حديث البشير النذير للشيخ على ابن الشيخ الشهيد بالعزى طبع حجر .
- ٧ - سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للعلامة محمد ابن إسماعيل الأمير البنى الصنعاني ، طبع الحلبي وأولاده .
- ٨ - صحيح مسلم للإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري طبع الحلبي
- ٩ - نيل الأوطار من أسرار مننقى لأخبار للشوكاني وهو العلامة محمد ابن على بن عبد الله المعروف بالشوكاني طبع الحلبي .
- ١٠ - تيسير الوصول إلى جامع الأصول من حديث الرسول للعلامة عيد الرحمن الشيباني طبع الحلبي .
- ١١ - أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، أبو الفتوح محمد بن على القشيري المعروف بابن دقيق العيد ، طبع السنة المحمدية .
- ١٢ - جامع الترمذى مع شرح تحفة الأحوذى للعلامة عبد الرحمن المبارك طبعة حجرية .
- ١٣ - سنن ابن ماجه : الإمام الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ، الطبعة الأولى المطبوعة التازية ،

ثالثاً : أصول الفقه .

- ١ - كشف الأسرار على أصول البزدوى لعبد العزيز بن أحمد البخارى طبع الاستانة .

٢٧٢ -

٢ - أنوار البروق في أنوار البروق لأحمد بن إدريس عبد الرحمن الماليني
المعروف بالقرافي وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السننية ، طبع
دار إحياء الكتب العربية .

٣ - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول لمحمد بن علي الشوكاني
طبع دار الفكر بيروت

٤ - حاشية المنار لابن ملك ، وهو عز الدين عبد اللطيف ابن عبد العزيز
ابن الملك علي متن المنار في أصول الفقه لأبي بركات عبد الله بن أحمد
المعروف بحافظ الدين النسي طبع دار سعادت ١٣١٥ .

٥ - فصول البدائع في أصول الشرائع للفناري ، وهو شمس الدين محمد ابن
محمد الروي الحنفي المعروف بالفناري ، طبع الاستانة ،

٦ - شرح تنقيح الفصول في الأصول للقرافي طبع المطبعة الخيرية .

٧ - جمع الجوامع تأليف قاضي القضاة تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب
المشهور بالسبكي المطبعة العالمية .

٨ - تيسير التحرير لابن بادشاه ، طبع الحلبي .

٩ - تيسيل الوصول إلى علم الأصول للشيخ محمد بن عبد الرحمن المحلاوي
طبع الباي الحلبي .

١٠ - الموافقات في أصول الأحكام لأبي إسحاق الشاطبي ، المطبعة السلفية

١١ - الرسالة للإمام الشافعي ، طبع الحلبي .

١٢ - المستصفى : لأبي حامد الغزالي ، طبع القاهرة ،

١٣ - التقرير والتنبير شرح التحرير لابن أمير الحاج .

١٤ - الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم ، مطبعة السعادة .

رابعاً : الفقه وقواعده .

(١) الفقه الحنفي :

١ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لأبي بكر بن مسعود الكاساني
المطبعة الجمالية .

منه ٢٧٧ -

- ٢ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ومعه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد بن يونس الشلبى الطبعة الأولى .
- ٣ - تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندى وهى أصل بدائع الصنائع تحقيق د. زكى هيد البر الطبعة الأولى مطبعة دمشق .
- ٤ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم . طبع دار الكتب .
- ٥ - الاشياء والنظار لابن نجيم . وهو زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفى المصرى .
- ٦ - جامع الفصولين . لمحمد بن إسرائيل الروى المشهور بقاضى سماوة . المطبعة الخيرية بولاق .
- ٧ - الدر المختار شرح تنوير الأبصار . لمحمد بن علي بن محمد الحصفى مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين الطبعة الثالثة .
- ٨ - رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار . لمحمد أمين المشهور بابن عابدين المطبعة الاميرية .
- ٩ - شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد المحاسنى . مطبعة دمشق .
- ١٠ - الفتاوى الحانانية : لقاضى خان الحسن بن منصور بهامش الفتاوى
- ١١ - معين الحكم - للطرابلسى . المطبعة اليمنية ١٣١٠ .
- ١٢ - المبسوط - لابن بكر محمد بن أحمد السرخسى مطبعة السعادة .
- ١٣ - الهداية شرح بداية المبتدى - لبرهان الدين المرغينانى المطبعة التجارية .

(ب) كتب الفقه المالكي :

- ١ - تهذيب الفرق وللقواعد السنية : لمحمد علي حسين بهامش الفرق طبع لإحياء الكتب العربية .

- ٢ — تبصرة المحكم في أصول الافضية ومناهج الاحكام لبرهان الدين بن
فرحون المطبعة البهية .
- ٣ — بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد الشهير بابن رشد
القرطبي . طبع صبيح .
- ٤ — بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك لأحمد بن محمد
الصاوي . وهي حاشية على الشرح الصغير للدردير طبع دار المعارف .
- ٥ — التاج والإكليل لمختصر الخليل : لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري
الشهير بالمواق هي على هامش مواهب الجليل لشرح مختصر خليل —
للخطاب — مطبعة السعادة .
- ٦ — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . لمحمد بن عرفة الدسوقي وبها مشها
الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير . المطبعة التجارية .
- ٧ — الشرح الصغير على أقرب المسالك : لأبي البركات سيدي أحمد بن محمد
ابن أحمد الدردير دار المعارف .
- ٨ — القوانين الفقهية : لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي . دار العلم للملايين
بيروت .
- ٩ — منح الجليل شرح مختصر خليل . لمحمد عليش المطبعة الأميرية .
- ١٠ — مواهب الجليل شرح مختصر خليل . لأبي عبد الله محمد بن محمد
المعروف بالخطاب . مطبعة السعادة .

(ج) كتب الفقه الشافعي :

- ١ — الانبأ والنظائر في قواعد فروع فقه الشافعية لجلال الدين السيوطي ،
طبع الحلبي .
- ٢ — أسنى المطالب شرح روض الطالب لأبي يحيى زكريا الانصاري المطبعة
البنية .

س ٢٧٥ -

- ٤ - إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لأبي بكر المشهور بالسيدة البكرى .
- ٥ - الام للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعى دار الطباعة الخيرية .
- ٥ - حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم على متن الشيخ أبي شجاع للشيخ إبراهيم الباجورى . المطبعة الازهرية .
- ٦ - حاشية البيجرى على شرح منہج الطلاب لسليمان البيجرى المطبعة الاميرية .
- ٧ - معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج لمحمد الشريينى الخطيب . الحلبي .
- ٨ - المجموع شرح المذهب : للشيخ محبى الدين أبي زكريا بن شرف النووى .
- ٩ - المذهب : لأبي اسحق إبراهيم بن عفى بن يوسف الشيرازى . الحلبي .
- ١٠ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : لمحمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملى الشهير بالشافعى الصغير .
- ١١ - الفتاوى الفقهية الكبرى . لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمى مطبعة عبد الحميد حنفى القاهرة .

(د) كتب الفقه الحنبلى :

- ١ - المفتى : لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدس . مطبعة المنار .
- ٢ - مئى الإردادات : لتقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى الشهير بابن النجار . دار العروبة .
- ٣ - المحرر فى الفقه : لمحمد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية مطبعة السنة المحمدية .

— ٢٧٩ —

- ٤ — كشف القناع عن متن الإقناع . لمنصور بن إدريس البهوتي مطبعة
أنصار السنة المحمدية .
- ٥ — الفتاوى الكبرى : لتقى الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم بن
تيمية .
- ٦ — الشرح الكبير : لشهاب الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمرو
محمد بن أحمد بن أبي عمرو بن أحمد بن قدامة المقدسي على متن المقنع مطبعة
المنار .
- ٧ — إعلام الموقعين عن رب العالمين : لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر
المعروف بابن قيم الجوزية . مطبعة السعادة .

(هـ) كتب الظاهرية :

- ١ — المحلى لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم المطبعة المنيرية .
- ٢ — مراتب الإجماع لابن حزم .

فقه الشيعة :

(و) كتب الزيدية :

- ١ — البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لأحمد بن يحيى بن المرتضى
مطبعة أنصار السنة المحمدية .
- ٢ — الروض النضير شرح بمجروح الفقه الكبير . اشرف الدين الحسين بن
أحمد بن الحسين النيني الصنعاني مطبعة السعادة .
- ٣ — المنتزع المختار من الفقيه المدرار المفتاح لسكائن الأزهاري في فقه الأئمة
الاطهار لأبي الحسن عبد الله بن مفتاح . مطبعة المعارف بمصر وهذه
الكتاب بموسوعة ناصر للفقه الإسلامي .

كتب فقه الشيعة الإمامية :

١ - جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام . لمحمد حسن بن محمد باقر النخعي طبع حجر (موسوعة ناصر للفقهاء) .

٢ - الخلاف في الفقه لأبي جعفر محمد بن الحسن بن هلي الطوسي طبع طهران .
٣ - شرائع الإسلام - لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي طبع حجر .

٤ - المختصر النافع في فقه الإمامية . لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن . طبع وزارة الأوقاف المصرية .

٥ - مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة : تصنيف محمد الجواد بن محمد الحسيني العاملي مطبعة الفيحاء ودمشق وهذه الكتب موجودة بموسوعة ناصر .

كتب فقه الإباضية :

١ - شرح كتاب النيل وشفاء العليل : لمحمد بن يوسف أظفیش . موجود بموسوعة ناصر للفقهاء الإسلامی .

خامسا كتب اللغة :

١ - أساس البلاغة الإمام أبي القاسم محمود بن همر الزخشری دار الكتب المصرية .

٢ - تاج العروس شرح القاموس : محمد بن محمد مرتضى الزبيدي طبع بنغازی .

٣ - الدر الثمير تلخيص نهاية ابن الأثير لجلال الدين السيوطي المطبعة الخيرية .

٤ - القاموس المحيط : لأبي طاهر محمد بن يعقوب الشيرازي المطبعة الحسينية .

- ٥ — لسان العرب : أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور طبع
بيروت .
- ٦ .. المصباح المنير : لآحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المطبعة
الأميرية .
- ٧ مختار الصحاح : لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي طبع
الأميرية .
- ٨ — النهاية في غريب الحديث والأثر : لأبي السعادات الجزري المعروف
بأبن الأثير . المطبعة الخيرية .

الرسائل والمجلات العلمية :

- ١ — أفعال الرسول ودلالاتها على الأحكام للدكتور . الأشقر وهي رسالة
مخطوطة بكلية الشريعة .
- ٢ .. بحث في الإجماع وهي رسالة دكتوراة للعالم الدكتور محمد محمود فرغلي
وهي مطبوعة .
- ٣ — بحث في مسئولية الوديع للزميل الدكتور أحمد طه عطية وهي رسالة
مخطوطة بكلية الشريعة .
- ٤ — بحث في مسائل الإمام أحمد بن حنبل رواية ابنه عبد الله وهي رسالة
دكتوراة مخطوطة بكلية الشريعة وقد اشتركت في مناقشتها .
- ٥ — بحث في تحقيق كتاب الجامع الصغير للقاضي لأبي يعلى الحنبلي وهو
مخطوط بكلية الشريعة وقد اشتركت في مناقشته .
- ٦ — رسالة العرف والمادة للعلامة الشيخ أحمد أبو سنة طبع ١٩٤٧ مطبعة
الأزهر .

— ٢٧٩ —

- ٧ — شرح مجلة الأحكام العدلية للمحاسبى مطبعة دمشق .
- ٨ — الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للعلامة أستاذنا محمد سلام مدكور .
- ٩ — الإجماع . بحث للشيخ الدكتور على حسن عبد القادر وهو مطبوع .
- ١٠ — التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامى وهى رسالة دكتورة للدكتور محمد سوار طبع دار الفكر العربى .

الفهرس

الموضوع

إهداء

كلمة راتعة لابن القيم

دعاء

المقدمة

سبب اختيار هذا الموضوع

منهج البحث

تعريف السكوت

أقسام السكوت

القسم الاول

في السكوت ودلالته على الاحكام

المبحث الاول : السكوت ودلالته على السنة

المطلب الاول : السنة التقريرية ودلالاتها على الاحكام

معناها لغة وشرعا

معنى التقرير

هل التقرير حجة في إثبات الاحكام ، اختلاف الاصوليين في ذلك

المذهب الاول

المذهب الثاني

تنبيه هنا

أنواع التقرير

ملاحظة هنا

هل التقرير يدل على صحة الحكم

الصفحة	الموضوع
٢٧	خاتمة في هذا المقام
٣٩	المطلب الثاني : سكوت النبي عن البيان ودلالته على الأحكام
٣٩	مرادنا بالسكوت
٣٩	سكوت النبي نوعان
٤٥	وجه دلالة سكوته وتقريراته صلى الله عليه وسلم على الأحكام
٤٧	المبحث الثاني في حكم الأشياء المسكوت عنها
٤٧	المطلب الأول : حكم الأشياء المسكوت عنها في نظر الأصوليين
	اختلاف علماء الأصول في هذه المسألة
٤٧	المذهب الأول
٤٩	المذهب الثاني
٥١	المطلب الثاني : حكم الماطومات التي سكوت عنها الشارع
٥١	بيان النصوص المحرمة لبعض الماطومات
٥٣	الماطومات المحرمة باتفاق
٦٣	الماطومات المختلف في حرمتها
٦٧	حكم الماطومات المسكوت عنها
٦٧	القاعدة في ذلك
٧٠	بيان أن الأصل في الأشياء الإباحة مذاهب الفقهاء في ذلك
٧٢	ما يتفرع على هذه القاعدة من فروع
٧٤	المبحث الثالث : السكوت وأثره على الإجماع
٧٤	تعريف الإجماع
٧٥	حجية الإجماع
٧٩	أنواع الإجماع
٨٠	حكم الإجماع

الصفحة	الموضوع
	الإجماع السكوني هل يعتبر حجة وهل دلالة على الأحكام قطعية أو
٨٢—٩٥	ظنية اختلاف العلماء في ذلك
٨٢	المذهب الأول
٨٨	د الثاني
٩١	د الثالث
٩٢	د الرابع
٩٣	د الخامس
٩٣	د السادس
٩٤	د السابع
٩٥	خلاصة ما قلناه
٩٦	المبحث الرابع السكوت والعرف
٩٦	تعريف العرف وشروطه
٩٧	بيان أن العرف يعتبر قاعدة مفسرة ومبينة لما سكت عنه المتعاقدان
١٠١	تطبيقات فقهية واستنباط
	القسم الثاني
١٠٣	في السكوت الواجب والمحظور والسكوت لعذر
١٠٥	المبحث الأول : السكوت الواجب
	يجب على الوديع كتابة أمر الوديعة إذا دعت إلى ذلك مصلحة بيان
١٠٥	المذاهب في ذلك
١٠٩	المبحث الثاني : السكوت المحظور
٥٠٩	مقولة الإمام الغزالي في هذا المقام
١١٠	ما المراد بالمعروف والمنكر

الصفحة	الموضوع
	حكم الامر بالمعروف والنهي عن المنكر اختلاف العلماء في تحديد
١١١	صفة الوجوب
١١٢	من له حق الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
١٢٠	متى يطلب من المكلف ذلك
١٢٤	ما يلحق بالسكوت المحظور
	من السكوت المحظور عدم الوصية بالوديعة عند إشراف الوديع على
١٢٤	الموت وموقف الفقهاء من ذلك
١٢٩	المبحث الثالث سكوت الشاهد
١٣٥	المبحث الرابع السكوت لعذر
١٣٥	تعريف الإشارة
١٣٦	أثر الإشارة على التصرف نصوص الفقهاء في ذلك
١٣٩	أثر الإشارة في الدعوى
١٤٠	بيان موقف الفقهاء من ذلك
١٤١	الإشارة والشهادة
١٤١	أثر الإشارة على الشهادة
١٤٣	الإشارة والإقرار بيان نصوص الفقهاء
١٤٥	الإشارة والوصية بيان نصوص الفقهاء
١٤٧	أثر الإشارة على الطلاق موقف الفقهاء من ذلك
	القسم الثالث
١٤٩	في السكوت ومطلق التصرف
١٥١	المبحث الاول : السكوت والتعبير عن الإرادة
١٥٤	التعاقد عن طريق التعااطي
١٥٤	مقارنة بين التعاقد بالتعااطي والتعاقد بدلالة الحال كالسكوت

الصفحة	الموضوع
١٥٥	حكم التماقد بالتعاطى
١٥٧	نصوص الفقهاء فى ذلك
١٦٥	السكوت ودلالته على الإيجاب والقبول
١٧٠	المبحث الثانى السكوت والإجازة
١٧٠	معنى الإجازة وشروطها
١٧٦	هل يمد السكوت لإجازة
	المبحث الثالث :
١٧٨	هل السكوت يعتبر إذنا فى التصرف
١٧٨	ماقاله ابن غنيم فى ذلك
١٧٩	تعريف الإذن
١٨٠	الفرق بين الإذن والإجازة
١٨١	الإذن والسكوت
١٨١	هل يمكن أن يعتبر السكوت إذنا
١٨١	نصوص الفقهاء فى ذلك
١٨٥	إذن الصبي بالتجارة وإذن البكر فى الزواج - نصوص الفقهاء فى ذلك
١٩٤	بم يكون إذن المستأجرة ورضاها نصوص المذاهب فى ذلك
٢٠٠	الآثار التى تترتب على استعراض هذه المذاهب
٢٠٢	خاتمة هامة
	استنتاج قاعدة وما يترتب عليها من فروع
	المبحث الرابع :
	هل السكوت يعتبر إبراء من الحقوق
٢٠٥	تعريف الإبراء
٢٠٥	هل الإبراء إسقاط أو تملك
٢٠٦	حكم الإبراء

الصفحة	الموضوع
٢٠٨	أركان الإبراء
٢١١	هل يتوقف الإبراء من الدين على قبول المدين
٢١٤	المبحث الخامس : هل السكوت يعتبر إقراراً
٢٢٢	المبحث السادس : السقوط والإسقاط
٢٢٢	الفرق بين السقوط والتملك والترك والنفي
٢٢٦	وهل يعتبر القبول في الإسقاط
٢٣٠	خاتمة في المقارنة بين الإبراء والإسقاط
٢٣١	المبحث السابع : السكوت الذي يعتبر تدليلاً
٢٣٥	المبحث الثامن : السكوت والصلح
٢٣٧	الشروط التي ترجع إلى المصالح به
٢٣٨	الشروط التي ترجع إلى المصالح عنه
٢٣٩	أقسام الصلح وحكم كل قسم
٢٤١	المبحث التاسع : السكوت والشفعة
٢٤٢	الأدلة على جوازها السنة والإجماع
٢٤٥	الإجراءات التي يتخذها الشفيع
٢٥٠	تصرف الشفيع أثناء المجلس ، وأثر ذلك على حقه
٢٥٢	المبحث العاشر : السكوت والوديعة
٢٥٢	الوديعة في اللغة

٢٨٩ -

الصفحة	الموضوع
٢٥٣	أمر يف الوديمة عند الفقهاء
٢٥٤	الوديمة في مفهوم المفسرين
٢٥٥	الوديمة في الحديث الشريف
٢٥٦	الوديمة عند الفقهاء
٢٥٧	المبحث الحادى عشر : السكوت والقرعة
٢٦٠	إجراء القرعة
٢٦٧	نتائج البحث
٢٧٠	مصادر البحث
٢٨٠	الفهرس

رقم الايداع ٤١٣٥ / ١٩٨٤

الترقيم الدولي ٣ - ٠١١٨ - ١٠ - ٩٧٧

